

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO  
INMOBILIARIO



Año XCIV • Mayo-Junio • Núm. 767

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 • Mayo-Junio 2018 • Núm. 767

---

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](http://www.revistacritica.es)  
[revista.critica@corpme.es](mailto: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.<sup>a</sup> 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**  
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

Págs.

### ESTUDIOS / STUDIES

- HERMIDA-BELLOT, Beatriz: «Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, y el Comité de los Derechos del Niño» / *Surrogacy: a global problem. Situation within the framework of the European Union, the Hague Conference on Private International Law and the Committee on the Rights of the Child*..... 1193
- LAMBEA RUEDA, Ana: «Tendencias presentes y futuras de ciudades y comunidades sostenibles y viviendas colaborativas a través de plataformas digitales» / *Present and future trends of sustainable cities and collaborative housing through digital platforms* ..... 1231
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «La libre circulación de las personas protegidas en Europa: la voluntad de la persona en la determinación de la ley aplicable a su protección» / *The freedom of movement of protected persons in Europe: the will of the person in the choice of the applicable law* ..... 1287
- VILA RAMOS, Beatriz: «La posición del menor en el ordenamiento y el ejercicio de sus derechos fundamentales. Especial referencia a los supuestos conflictivos en el ámbito del Derecho de familia» / *The position of the child in the Spanish law and the exercise of its fundamental rights. Special reference to the cases of conflict in family law*..... 1327



**ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES**

- CASTELLANOS RUIZ, Esperanza: «Ventajas e inconvenientes de la *professio iuris* en el Reglamento Europeo Sucesorio 650/2012» / *Advantages and disadvantages of professio iuris in the European Sucession Regulation 650/2012*..... 1367

**DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW**

- BLANCO URZÁIZ, Jorge: «El Principio de Inscripción Constitutiva y Convalidante. Una aproximación desde el Derecho Registral dominicano y español» / *The Principle of Constitutive and Convalidating Registration. An Approach from Dominican and Spanish Registration Law*..... 1403

**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..... 1439

**ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES**

## 1. DERECHO CIVIL:

## 1.1. Parte general:

- «Identidad genética, responsabilidad, daño moral e interés superior del menor» / *Genetic identity, responsibility and moral damage and the best interest of the child*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE..... 1507

## 1.2. Derecho de familia:

- «La responsabilidad de los bienes gananciales. El ejercicio del comercio por persona casada y la posición del cónyuge no comerciante (y II)» / *The responsibility of the joint property. The exercise of the trade for married person and the position of the spouse not businessman (and II)*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT .... 1519

1.3. Derechos reales:

- «El cambio de uso de un elemento privativo en propiedad horizontal: de vivienda a alojamiento turístico» / *Change of use in condominium: housing and sharing accommodation*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.... 1545

1.4. Sucesiones:

- «El legado o donación del derecho de habitación en el caso de un descendiente mayor de edad con discapacidad: controversias ante la aplicabilidad de una novedad legislativa sucesoria y contractual» / *Bequest or donation or legacy of the right of habitation child of legal age with disabilities: courting controversy of inheritance and contractual new legislation*, por Araceli DONADO VARA..... 1557

1.5. Obligaciones y Contratos:

- «Condición legal de consumidor: contratos de doble finalidad y garantías accesorias» / *Legal condition of consumer: contracts of double purpose and accessory guarantees*, por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO .. 1520

1.6. Responsabilidad civil:

- «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre el uso fuera de ficha técnica de un medicamento por razones económicas» / *The Court of Justice of the European Union decides on the use off label of a medicine for economic reasons*, por Cristiano VÁZQUEZ BULLA ..... 1594

1.7. Concursal:

- «Limitaciones y prohibiciones impuestas al concursado en el convenio. La acción de reintegración del art. 137.2 de la Ley Concursal» / *Limitations and prohibitions imposed on the bankrupt in the agreement. The action for recovery under article 137.2 of the Insolvency Law*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS..... 1615

2. MERCANTIL:

- «La naturaleza del plazo del ejercicio de la acción de nulidad» / *The legal regime of the period of prescription in the nullity*, por Francisco REDONDO TRIGO ..... 1639

3. URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.
- «Las cesiones obligatorias. Especial referencia a su inscripción unilateral a favor de la Administración» / *The compulsory land transfers. Special reference to the possibility of their unilateral registration by the Administration*, por Vicente LASO BAEZA..... 1656
4. DERECHO BANCARIO:
- «La reintegración concursal de pagos preferentes realizados a favor de entidades bancarias fruto de operaciones sobre activos inmobiliarios» / *The revocation on preferential payments to banks arising from real estate operations in bankruptcy proceedings*, por Miguel MARTÍNEZ MUÑOZ..... 1674

**ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS**

- Información de actividades ..... 1697

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION**

- «Las operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades», de Manuel LUCAS DURÁN, María CRESPO GARRIDO y Juan CALVO VERGEZ (Directores), por María Fernanda MORETÓN SANZ..... 1711
- «El testamento ante párroco en Aragón, Navarra y Cataluña. Evolución histórica de una forma testamentaria foral», de Remedios MORÁN MARTÍN, por María Fernanda MORETÓN SANZ..... 1714

**REVISTA DE REVISTAS / JOURNAL REVIEW**

- DRETS. Revista Valenciana de Reformes Democràtiques (núm. 2/2016): «La institución registral a través de las normas dadas en la Valencia capital de la República», por M<sup>a</sup> Emilia ADÁN GARCÍA ..... 1721

# ESTUDIOS



Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, y el Comité de los Derechos del Niño\*

*Surrogacy: a global problem. Situation within the framework of the European Union, the Hague Conference on Private International Law and the Committee on the Rights of the Child*

por

BEATRIZ HERMIDA BELLOT

*Profesora Colaboradora Doctora de Derecho Civil, Universidad CEU-Cardenal Herrera*

*RESUMEN:* Tras la aparición de la gestación subrogada como práctica transnacional, las instituciones tanto comunitarias como de Derecho internacional

---

\* Este artículo se enmarca dentro del proyecto de investigación del MINECO DER2013-47866-C3-2-P.

privado comienzan a cuestionarse los problemas que plantea su práctica a nivel mundial, dando lugar a multitud de estudios generados por dichas instituciones con la finalidad por un lado de plantearse su legalidad y por otro de dar solución a los abusos que sobre las mujeres y los niños genera dicha práctica. Destacan las aportaciones de la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, que viene realizando trabajos en orden a crear un convenio multilateral entre estados que cree puentes entre ellos a los efectos de evitar los inconvenientes que la gestación subrogada genera y, por otro lado, la implicación sobre la materia que está asumiendo el Comité de los Derechos del Niño, que viene instando a los estados a definir claramente su postura acerca de esta situación y a tomar medidas para la protección de los menores nacidos a través de esta práctica tratando de evitar el tráfico de niños como consecuencia de la misma.

*ABSTRACT: Following the emergence of surrogacy as a transnational practice, both the European community and private international law institutions begin to question the problems posed by its practice at the global level, resulting in a multitude of studies generated by these institutions for the purpose of to consider their legality and on the other to solve the abuses that women and children generate in this practice.*

*They emphasize the contributions of the Hague Conference of Private International Law, which is carrying out work in order to create a multilateral agreement between states that creates bridges between them in order to avoid the inconveniences that the surrogacy generates and, on the other hand, the involvement of the Committee on the Rights of the Child on the matter, which urges states to clearly define their position on this situation and to take measures for the protection of children born through this practice by trying to avoid Trafficking in children as a result of it.*

**PALABRAS CLAVE:** Gestación subrogada. Maternidad subrogada. Gestación por sustitución. Problema global. Turismo reproductivo. Derecho internacional público. Derecho internacional privado.

**KEY WORDS:** Surrogacy. Global problem. Reproductive tourism. Public international law. Private international law.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. TRABAJOS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. POSICIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA. 2. POSICIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA. 3. POSICIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN.—III. TRABAJOS REALIZADOS POR LA CONFERENCIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA HAYA.—IV. POSTURA EN EL

MARCO DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: PRONUNCIAMIENTOS DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.— V. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA INSCRIPCIÓN DE LOS MENORES EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL: 1. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA. 2. INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN: POSTURAS ENCONTRADAS DEL TS Y DE LA DGRN.—CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La aparición de las técnicas de reproducción asistida abrió, entre otras, la posibilidad de que el embrión de una pareja estéril bien por razones naturales (enfermedades o patologías) o de género (pareja de hombres que desean tener descendencia) fuera gestado por una mujer ajena a ellos<sup>1</sup> dando lugar a la llamada gestación subrogada, gestación por encargo, gestación por sustitución, entre otras denominaciones que se le han dado y que podemos definir como:

Forma de reproducción en virtud de la cual una persona —hombre o mujer—, o una pareja, cualquiera que sea su condición sexual, —casados o no— llamados padres intencionales, acuerdan con otra mujer, llamada madre gestante, que esta, bien sometiéndose a alguna técnica de reproducción asistida, bien de manera natural, se comprometa a fecundar (en el caso de gestación subrogada natural) y gestar (o solo gestar en los casos de gestación por sustitución a través de técnicas de reproducción asistida) el embrión que pertenecerá a los padres intencionales según el acuerdo celebrado entre ambas partes, renunciando la gestante en dicho acuerdo a la filiación que le correspondería en caso de no haberse celebrado el contrato.

La generalización de esta práctica en aquellos países en los que la ausencia de regulación produjo un vacío legal que permitió llevarla a cabo, en ocasiones con escasa seguridad para las mujeres gestantes (ténganse en cuenta por ejemplo los casos de la India, Ucrania o Tailandia entre otros) o, en aquellos otros que legislaron a favor de la misma (por ejemplo en algunos estados de Estados Unidos), provocó que en los países en los que se prohibió dicha práctica, sirva como ejemplo el nuestro (*ex art. 10 Ley sobre técnicas de reproducción asistida* en un primer lugar y mismo artículo de la *Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida* posteriormente) sus ciudadanos acudieran a otros a practicar la gestación subrogada dando lugar, así, al llamado «turismo reproductivo».

La aparición de este «turismo reproductivo» ha dado lugar a no pocos problemas no solo legales sino también éticos y morales, llegando a plantearse la cuestión de si estamos ante un supuesto de tráfico de niños pues a cambio de un precio (llámese contraprestación o atribución de gastos razonables de gestación) una o dos personas obtienen un recién nacido a cuya filiación renuncia la madre gestante.



Una de las cuestiones que más problemas ha planteado esta institución ha sido la de dilucidar cuál es el *status* jurídico que posee el menor, que nacido por esta vía en un país cuya legislación es inexistente sobre la materia o bien permite la gestación subrogada, cuando los padres comitentes (quienes encargan la gestación) pretenden que sea inscrito en el Registro Civil de su correspondiente país (que generalmente prohíbe esta práctica) constando la filiación de los mismos y dicho estado la deniega. Esta situación genera una inevitable inseguridad jurídica sobre la materia.

A la vista de esta situación, numerosas instituciones de Derecho internacional público y privado se han pronunciado sobre la materia. El objeto de este estudio es poner de manifiesto cuáles han sido los trabajos realizados sobre esta cuestión por la Unión Europea, la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya y el Comité de los Derechos del Niño a los efectos de determinar la línea de pensamiento de cada uno de ellos, el grado de implicación de estas instituciones en la cuestión y el futuro de esta práctica que se ha convertido en un exponente de la globalización mundial existente en la actualidad.

Para ello, estudiaremos de manera expositiva todos y cada uno de los pronunciamientos que las instituciones mencionadas han realizado sobre la cuestión, para, finalmente, extraer las conclusiones pertinentes sobre dichos trabajos.

Así mismo, trataremos la cuestión desde el punto de vista interno destacando los principales problemas que se producen en España como consecuencia de su deficiente regulación y el conflicto generado por las diferentes posturas que ostentan sobre la materia el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado.

## II. TRABAJOS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

### 1. POSICIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA

El tema de la gestación por sustitución ha sido abordado en diversas ocasiones por el Consejo de Europa.

En marzo de 2003 se presentó en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa una propuesta de recomendación por MONFILS y otros miembros de la Asamblea. La propuesta, llamada: *Social and health issues related to surrogate motherhood*<sup>2</sup>, destaca la posibilidad de que los niños nacidos de esta forma puedan encontrarse sin madre legal llegado el caso e invita al tratamiento de la cuestión por el Comité de Ministros para formular recomendaciones a los Estados miembro de la Unión Europea.

Por su parte, MICHAEL HANCOCK presentó un informe para considerar la gestación subrogada como alternativa a la esterilidad. Tras varias sesiones, el Comité de asuntos sociales, salud y asuntos de la Familia de la Asamblea

Parlamentaria del Consejo de Europa —*The Social, Health and Family Affairs Committee*— consideró, en sesión de 16 de diciembre de 2005, no continuar los trabajos sobre esta cuestión, por incapacidad del Comité de presentar propuestas a la Asamblea Parlamentaria en ese momento<sup>3</sup>.

A pesar de estos intentos, no se ha llegado en el Consejo de Europa a la creación de ningún documento oficial, recomendación o resolución sobre el tema. Si bien es cierto que en julio de 2012, veinticinco miembros de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa presentaron una declaración escrita sobre la cuestión afirmando que la maternidad subrogada es incompatible con la dignidad de mujeres y niños y que supone una violación de sus derechos fundamentales<sup>4</sup>. Para ello se basaron en:

- La *Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945*, en cuyo Preámbulo se reafirma la fe de los Estados firmantes en los derechos fundamentales y en la dignidad y valor de la persona humana<sup>5</sup>;
- el Preámbulo y artículo 1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948*, donde también se hace alusión a la dignidad de las personas<sup>6</sup>;
- el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966<sup>7</sup> y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la misma fecha<sup>8</sup>, que así mismo remiten a la dignidad de las personas;
- el artículo 16 de la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984*<sup>9</sup>, que prohíbe cualquier acto que constituya tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes aunque no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1 de la Convención, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona;
- el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998<sup>10</sup>, hace referencia a la esclavitud señalando que es, «*el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños*»;
- el artículo 6 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*<sup>11</sup>, que insta a los Estados parte a adoptar las medidas necesarias para eliminar cualquier supuesto de trata de mujeres o prostitución;
- la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre de 2000, que en el artículo 3 de su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas,

especialmente mujeres y niños, señala: «a) por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado»<sup>12</sup>. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 4 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 16 de mayo de 2005<sup>13</sup>;

- el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y a la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), Convenio de Oviedo, de 4 de abril de 1999<sup>14</sup>, que en su artículo 21 prohíbe que el cuerpo humano y sus partes sean objeto de lucro;
- el Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, de 29 de noviembre de 1989, sobre interés superior del niño<sup>15</sup>;
- el Artículo 2 a) del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 25 de mayo de 2000<sup>16</sup>, que define lo que se entiende por venta de niños como «*todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución*»;
- el *Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil*, de 17 de junio de 1999<sup>17</sup>, que en su artículo 3 entiende por forma de esclavitud la venta o trata de niños;
- el *Convenio relativo a la protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional*, de 29 de mayo de 1993<sup>18</sup>, establece los requisitos que deben cumplir las autoridades del Estado de origen para que se constituya una adopción internacional, en su artículo 4, y prohíbe en el artículo 32 obtener beneficios materiales indebidos como consecuencia de una adopción internacional;
- el *Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado)*, de 27 de noviembre de 2008<sup>19</sup>, en concreto, el artículo 5 relativo a los

consentimientos que se han de prestar en la adopción y el artículo 17 sobre prohibición de obtener provecho económico o de cualquier tipo en las adopciones de menores;

- la Recomendación 1443 (2000) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre Adopción Internacional: respeto al derecho de los niños<sup>20</sup>.

Vemos, por tanto, que la postura del Consejo de Europa es contraria a la admisibilidad de la gestación por sustitución, y para ello se basa en el derecho a la dignidad de la persona, la prohibición de la venta o trata de mujeres y niños, la prohibición de comercialización u obtención de lucro con partes del cuerpo humano y las diferencias existentes entre la gestación subrogada y la adopción internacional.

En el seno de la Asamblea Parlamentaria, el tema se retomó en 2014, cuando algunos miembros de la misma plantearon una propuesta de resolución sobre derechos humanos y cuestiones éticas relativas a la subrogación, basándose en las posibles vulneraciones de derechos humanos que con esta práctica se pueden producir. Se plantearon como temas de estudio y discusión, sus vínculos con la salud reproductiva de las mujeres, la trata de personas y los derechos de los niños, así como el tratamiento de posibles herramientas para abordar el problema<sup>21</sup>.

El Comité de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa —*The Social Affairs, Health and Sustainable Development Committee*—, encargó el Informe sobre la cuestión a PETRA DE SUTTER, senadora del grupo socialista belga y miembro de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

En abril de 2015, antes de que DE SUTTER presentara su informe, *Human rights and ethical related to surrogacy*, el también miembro de la Asamblea Parlamentaria, KRZYSZTOF SZCZERSKI, planteó al Comité de Ministros del Consejo de Europa, a raíz de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia*, la cuestión acerca de qué medidas se van a adoptar en el Consejo de Europa para garantizar el cumplimiento de la prohibición de venta de niños dentro de los Estados miembro del Consejo<sup>22</sup>, pues en la citada sentencia se condena al Estado italiano por separar a un menor, nacido a través de gestación por sustitución en Rusia, de sus padres de intención. El Comité de Ministros, no respondió directamente a la cuestión al estar pendiente el debate y votación sobre el informe mencionado, solicitando al parlamentario esperar al resultado del informe<sup>23</sup>.

Previsto el debate sobre el informe de DE SUTTER para septiembre de 2015 el Comité decidió posponerlo, ante la posibilidad de que existiera conflicto de intereses pues la ponente, jefa del Departamento de Medicina Reproductiva del Hospital Universitario de Gante, había manifestado anteriormente estar relacionada con estas prácticas en dicho hospital, así como con una clínica hindú en la que

se practica la gestación subrogada con fines comerciales<sup>24</sup>. En enero de 2016 el Comité consideró la inexistencia de conflicto de intereses<sup>25</sup>. La votación, que se celebró a puerta cerrada<sup>26</sup>, tuvo lugar el 15 de marzo de 2016, en ella el Comité decidió, por 16 votos a favor y 15 en contra, no aprobar el informe, no obstante, el presidente del Comité informó de que seguirá examinando la cuestión<sup>27</sup>, por lo que la ponente ha tenido que redactar un nuevo informe, esta vez sí aprobado.

Se trata del informe *Children's rights related to surrogacy*<sup>28</sup>, en él, DE SUTTER establece su posición en contra del contrato de gestación subrogada comercial pero se manifiesta a favor de la gestación por sustitución altruista. Refiriéndose a la gestación subrogada comercial a lo largo de todo el documento. Indica que es importante poner en valor el interés superior del niño, que puede verse alterado por esta práctica; y que se estima, que el 98-99% de las gestaciones por encargo que se producen en el mundo tienen carácter comercial, así como que la ausencia de un acuerdo jurídico multilateral entre Estados sobre filiación aumenta el riesgo de violación de los derechos del niño, ya que la gestación por sustitución comercial supone aumentar las posibilidades de venta de niños y la explotación de las madres subrogadas. Con todo ello concluye:

- que los motivos fundamentales por los que se solicita la gestación subrogada son la infertilidad de algunas parejas así como las ventajas que supone el contrato de gestación frente a la adopción, que ya han sido comentados en esta tesis;
- los riesgos para los niños se concretan en: la posibilidad de que sean víctimas de tráfico humano; de abandono; de convertirse en personas apátridas o sin filiación; o que no puedan conocer sus orígenes biológicos;
- insiste en que con motivo de la gestación subrogada transfronteriza se genera cierta inseguridad jurídica en los países que no la reconocen, ante la ausencia de normas que regulen la situación;
- que no existe un «derecho al niño» pero que los niños tienen derechos que deben ser respetados;
- quizá la conclusión más importante a la que se llega en el informe es a la de que recomienda que el camino ideal para solventar el problema es prohibir la gestación subrogada comercial en aquellos países en que existe o, al menos, ya que esto es muy complejo de conseguir, que se consiga que en estos países solo admitan a sus propios nacionales para someterse a estas prácticas, evitando así los problemas transnacionales;
- además recomienda a los miembros del Comité de Ministros del Consejo de Europa colaborar con la Conferencia de La Haya en la labor que está realizando sobre la materia.

Así, podemos concluir que, en la actualidad, existe una preocupación por la cuestión en el seno del Consejo, preocupa especialmente el hecho de que no

exista una regulación uniforme y aumenten los casos de turismo reproductivo, así como que la gestación por sustitución pueda dar lugar a supuestos de tráfico de personas, destaca la relevancia de este último informe recogiendo las preocupaciones del Consejo y, tras él, se ha comprometido a elaborar una guía para salvaguardar los derechos de los niños en estas situaciones y en colaborar con la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya.

## 2. POSICIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA

Han sido varias las ocasiones en las que en las sesiones parlamentarias del Parlamento Europeo se han planteado dudas y preguntas acerca de la gestación subrogada a la Comisión Europea, sobre todo en relación a si la Comisión va a adoptar alguna medida al respecto, la respuesta de la Comisión siempre se limita a indicar que la misma no tiene competencias para intervenir en los Estados miembro salvo que se trate de alguna materia legislada por la Unión Europea, que no es el caso, también señala que la Unión Europea no tiene competencias para armonizar las leyes nacionales sobre la materia, que tampoco se va a legislar sobre la cuestión y que como la Unión Europea es miembro de pleno derecho de la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, está pendiente de los trabajos que sobre el tema se están realizando en el seno de la misma<sup>29</sup>. En este contexto, también ha señalado la Comisión que la gestación subrogada se encuentra dentro de la definición de «*trata de seres humanos*»<sup>30</sup> y remite a la *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*<sup>31</sup>.

De todo ello se deduce que, pese a la insistencia de los parlamentarios del Parlamento Europeo, la Comisión Europea mantiene una postura pasiva en relación con este tema y remite a las soluciones que adopte la Conferencia de La Haya<sup>32</sup>, por lo que no parece que vaya a tomar medidas concretas sobre la cuestión. Si bien es cierto, que equipara, como hemos visto, la gestación por sustitución a los supuestos de trata de personas, por lo que entendemos que mantiene una postura en contra de la gestación subrogada.

## 3. POSICIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO

El Parlamento Europeo también se ha posicionado en diversas ocasiones en contra de la gestación por sustitución.

Debemos tener en cuenta, en primer lugar, la *Resolución sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, de 16 de marzo de 1989* (ROTHLEY, y CASINI, 1990, 9), en ella se condena la utilización comercial e

industrial de embriones y se solicita que se persigan penalmente estas prácticas (ROTHLEY, y CASINI, 1990, 17), desde esta perspectiva se podría entender la gestación por sustitución como un supuesto de utilización comercial de embriones, como un pacto en el que se acuerda la producción de embriones fecundados *in vitro* con fines comerciales.

Por su parte la *Resolución sobre la fecundación artificial in vivo e in vitro, de 16 de marzo de 1989* (ROTHLEY, y CASINI, 1990, 19), señala, en los «considerandos», como una ventaja para el niño que coincida su paternidad y maternidad biológica, afectiva y legal, haciendo especial hincapié en la importante relación entre madre e hijo «ya desde la gestación» (ROTHLEY, y CASINI, 1990, 20); además, rechaza expresamente toda «*forma de maternidad por cuenta de terceros*», y entiende que se debe sancionar el «*suministro comercial de madres portadoras*» y prohibirse la existencia de empresas que se dediquen a estas actividades (ROTHLEY, y CASINI, 1990, 23).

Esta última Resolución parte de la base de un informe de CASINI, C., en el que se pone de manifiesto el beneficio que supone para el hijo disfrutar de una maternidad plena, los posibles problemas que se pueden derivar de la gestación por sustitución producidos por eventualidades que no se pueden prever en el momento de pactar la sustitución (como el nacimiento de un niño minusválido, enfermedad de la gestante, muerte de los comitentes, entre otras) y el riesgo de cosificación del cuerpo de la mujer y de su capacidad reproductora; además CASINI realiza una importante reflexión ¿por qué admitir la validez de un acuerdo en el que se pacta que se va a concebir artificialmente a un sujeto para entregárselo a otras personas cuando nazca, si está prohibido, por considerarse tráfico de seres humanos, el pacto por el que se encarga a una pareja la concepción natural de un hijo para entregarlo después a otra pareja?, el autor no considera que haya diferencia alguna entre los dos supuestos mencionados, ambos, por tanto, supondrían un caso de tráfico de personas, siendo irrelevante si la concepción se ha producido de manera natural o artificial (ROTHLEY, y CASINI, 1990, 92). Señala, además, el autor que la maternidad debe determinarse por el parto (ROTHLEY, y CASINI, 1990, 95).

En 2010, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, realizó un estudio sobre el reconocimiento mutuo de los acuerdos de gestación subrogada entre Estados en el que se señaló la necesidad de aunar esfuerzos entre la Unión Europea y la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya para estudiar los supuestos de gestación subrogada transfronteriza y la producción de un acuerdo internacional similar al realizado por la Conferencia de La Haya en materia de adopción internacional (TODOROVA, 2010, 287). El estudio destacó la complejidad de que los Estados puedan reconocer mutuamente los certificados de nacimiento, en los casos de gestación por sustitución transfronteriza, cuando no hay armonía en las legislaciones de los diferentes Estados (TODOROVA, 2010, 28).

En el año 2013, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo realizó otro trabajo sobre la materia, en concreto un estudio comparativo sobre el régimen de subrogación en los Estados miembro de la Unión Europea (BRUNET y CARRUTHERS, 2013), el informe analizó la actitud hacia la gestación por subrogación en cada Estado miembro de la Unión Europea, las cuestiones políticas sobre la materia, los modelos legislativos existentes, la posición de la jurisprudencia en cada Estado y las cuestiones de Derecho internacional privado que provoca la gestación subrogada, con el objeto de dilucidar si la Unión Europea tiene competencia y debe adoptar una normativa común sobre esta cuestión (BRUNET y CARRUTHERS, 2013, 9).

Dentro de las reflexiones finales que realiza el estudio, señala la dificultad de poder armonizar la normativa de los Estados miembros en el seno del Consejo ante la falta de consenso de los mismos sobre la licitud, o no, de la gestación por sustitución (BRUNET y CARRUTHERS, 2013, 195).

También concluye que, en virtud de los tratados y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Unión Europea no tiene una competencia general en el ámbito de los derechos fundamentales (BRUNET y CARRUTHERS, 2013, 197); sin embargo, sobre la base de los tratados de la Unión Europea, esta puede adoptar algunas medidas específicas sobre la gestación por sustitución, siempre que se respeten las competencias de los Estados miembro (BRUNET y CARRUTHERS, 2013, 198).

Señala como posible solución el reconocimiento mutuo de estado civil entre los Estados y propone de nuevo que la Unión Europea se adhiera a una convención internacional sobre la cuestión como la que se propone en el seno de la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya (BRUNET y CARRUTHERS, 2013, 199).

Por su parte, en el Informe sobre salud sexual y reproductiva y derechos afines de 2 de diciembre de 2013, de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, se señaló que la maternidad subrogada supone un ejemplo de comercialización del cuerpo de las mujeres y también de los niños<sup>33</sup>.

En 2015 el Parlamento Europeo dejó clara su postura en relación con la gestación subrogada; fue en la *Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015*, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto [2015/2229 (INI)], en la que condena expresamente *«la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos»*<sup>34</sup>.



Y, por último, en el acta de la sesión del día 23 de junio de 2016, se recoge una propuesta de Resolución sobre la gestación subrogada como un riesgo para los derechos de las mujeres y de los niños<sup>35</sup>.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

A la vista del tratamiento que dispensan las instituciones de la Unión Europea al tema que nos ocupa, resulta obvio que la postura común en el seno de las instituciones es de rechazo hacia la gestación por sustitución, fundamentalmente porque se la considera un supuesto de tráfico de personas y una práctica contraria a la dignidad de la persona; no obstante, se asume que se van a seguir produciendo estas prácticas a pesar de las prohibiciones de los Estados, por lo que existe una preocupación generalizada por las consecuencias de la misma, sin embargo no se adoptan medidas concretas ni se toman soluciones directas que pongan fin a la problemática.

En el seno de la Unión Europea, se insiste en que la misma no tiene competencia para intervenir en cada Estado para tratar los problemas de estado civil que padecen los nacidos como consecuencia del turismo reproductivo en este ámbito ni para armonizar la legislación de los diferentes Estados. La única solución que se plantea es la adhesión al acuerdo internacional en el que está trabajando la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya que, como veremos, todavía no ha dado frutos.

Resulta criticable esta actitud de las instituciones pues, si como ponen de manifiesto constantemente, la gestación subrogada puede considerarse un supuesto de tráfico de personas, deberían adoptarse medidas concretas de prohibición en el seno de la Unión ya que la mera preocupación no resuelve los problemas que de ella se derivan.

### III. TRABAJOS REALIZADOS POR LA CONFERENCIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA HAYA

Como señala el artículo 1 del Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado<sup>36</sup>, el objeto de la Conferencia de La Haya es *«trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado»*.

La Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya (la Conferencia de La Haya, o CH, en adelante), dedica una parte importante de su trabajo al estudio de la gestación por sustitución. Vienen realizándose, en el seno de la misma, sesiones periódicas de trabajo en las que se incluye el tratamiento de esta materia desde el año 2010 y la cuestión forma parte de los proyectos legislativos de la Conferencia de La Haya<sup>37</sup>.

Dentro de este contexto, la CH se preocupa especialmente por los efectos que, en materia de filiación, puede suponer para el menor haber nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación subrogada<sup>38</sup>, así como de la protección de los derechos de cualquiera de las partes implicadas en estos acuerdos<sup>39</sup>.

La primera vez que la CH toma conciencia sobre la cuestión fue en 2001, durante las consultas informales que tuvieron lugar en relación con el futuro programa de trabajo de la CH. El tema en cuestión se refería a la situación de los niños y, en particular, al reconocimiento de las relaciones entre padres e hijos. Durante dichas consultas, la cuestión acerca de la gestación subrogada fue sugerida como una posible futura área de trabajo de la Conferencia de La Haya<sup>40</sup>.

El tema no se retoma hasta el año 2010. En esta fecha, el Consejo sobre Asuntos Generales y Política, en la reunión que tuvo lugar entre los días 7 y 9 de abril, tomó nota del auge de la gestación subrogada en los años precedentes y adoptó las siguientes decisiones sobre la materia: se invita a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya a elaborar una breve nota preliminar sobre la cuestión de cara al Consejo de 2011; se reconocen las complejas cuestiones de Derecho internacional privado y protección de menores que se derivan de los acuerdos de gestación por sustitución transfronteriza; también se señala que el impacto de los casos de gestación subrogada sobre el *Convenio de La Haya de adopción internacional, de 1993*, debía tratarse en la siguiente Comisión especial sobre el funcionamiento práctico de dicho Convenio; y, por último se acuerda que la cuestión debía ser objeto de examen por la oficina permanente de la Conferencia de La Haya<sup>41</sup>.

Al celebrarse la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, en dicha reunión la Comisión Especial observó que se había producido un incremento de supuestos de gestación subrogada en el ámbito internacional; manifestó su preocupación por la incertidumbre que esto provoca en cuanto a la situación jurídica de los niños nacidos a través de acuerdos de gestación por sustitución; señaló que no se puede aplicar el citado Convenio a los supuestos de gestación subrogada transfronteriza; y, por último, la Comisión Especial recomendó que se desarrollasen estudios sobre este tema en el seno de la CH<sup>42</sup>. Según TODOROVA, V., la finalidad última de los trabajos de La Haya es preparar un documento que sirva de base para un futuro convenio internacional sobre los acuerdos de gestación por sustitución (TODOROVA, 2010, 29).

Como consecuencia de lo anterior, la Oficina Permanente de la CH elaboró un documento acerca de las cuestiones de Derecho internacional privado relativas al estatuto de los niños, incluidos los asuntos relativos a los acuerdos de gestación subrogada, para que se tuviera en cuenta en la reunión del Consejo de abril de 2011. El documento realiza un estudio preliminar de la situación en la que se encuentran los niños nacidos como consecuencia de estos acuerdos.

Se parte del hecho de que la gestación subrogada es un negocio global<sup>43</sup> que surge como consecuencia de un diferente tratamiento legal en cada país, unido al avance en medios de comunicación, como la aparición de internet, y la mejora de los medios de transporte, que facilita los viajes y las comunicaciones.

El documento señala como problemas fundamentales: los que se encuentran los padres de intención para poder llevar al nacido/s a su país de residencia; los de reconocimiento de la paternidad legal del niño una vez se encuentra en el país de residencia de los padres de intención; o posibles disputas relativas a la custodia del nacido<sup>44</sup>.

Además, señala otra preocupación a tener en cuenta: la de la protección de las personas vulnerables. Identifica como tales a los niños, a la madre subrogada y a los padres de intención. En cuanto a los niños, destaca la posibilidad de que puedan ser sometidos a supuestos de tráfico de personas<sup>45</sup>; llama la atención, así mismo, sobre el problema que se produciría en el caso de que la madre subrogada decidiera no entregar al niño<sup>46</sup>. Por lo que se refiere a la madre subrogada, destaca que normalmente las mujeres que deciden someterse a la gestación por sustitución lo hacen en condiciones de pobreza, así como el riesgo que existe de que sean forzadas y obligadas a ello, incluso por su propia familia<sup>47</sup>. En cuanto a los padres de intención, el documento hace hincapié en que, en ocasiones, pueden verse perjudicados por la desinformación, por la existencia de agencias poco fiables o, incluso, que puedan verse envueltos en procedimientos penales como consecuencia de la expedición y reconocimiento de los certificados de nacimiento de los niños nacidos de acuerdos de subrogación<sup>48</sup>.

Por último, señala que para poder crear una regulación internacional sobre la cuestión son necesarios amplios canales de comunicación entre Estados<sup>49</sup> y cita algunos ejemplos sobre el contenido de este posible documento (normas sobre reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, sobre ley aplicable, reconocimiento de otras decisiones, entre otras cuestiones)<sup>50</sup>.

Este informe fue elevado al Consejo de Asuntos Generales y Políticas de la Conferencia en su reunión de 5-7 de abril de 2011, que invitó a la Oficina Permanente a intensificar su trabajo sobre la materia con la perspectiva de elaborar un consenso global. Para ello le instó a consultar con profesionales sobre la cuestión y a elaborar un nuevo documento preliminar que fue atendido en el Consejo de 2012<sup>51</sup>.

El documento preliminar de 2012 insiste, como ya lo había hecho el Documento Preliminar núm. 11, antes citado, en que la gestación por sustitución es un fenómeno global<sup>52</sup>, realiza un repaso genérico a las diferentes formas de tratamiento de la cuestión por los Estados<sup>53</sup>, así como algunas reflexiones iniciales sobre posibles enfoques de cara a cualquier nuevo instrumento internacional sobre gestación subrogada<sup>54</sup>. Señala, en particular: la necesidad de establecer un ámbito de cooperación entre Estados (judicial, administrativo y de Derecho internacional privado), la posibilidad de que el hipotético convenio

sobre gestación subrogada se inspire en el *Convenio de La Haya sobre protección de los derechos del niño y adopción internacional*, y la conveniencia de proteger la identidad de los niños y los derechos de las personas implicadas; además, reconoce que la atribución de la filiación legal de los niños nacidos por gestación subrogada a los padres de intención puede chocar con el orden público de algunos Estados pero que independientemente de ello, una hipotética norma multilateral debería facilitar que los niños no quedasen sin padres o apátridas.

El Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia, en reunión de 17 al 20 de abril de 2012, tras estudiar el documento preliminar núm. 10, solicitó a la Oficina Permanente continuar el trabajo sobre el tema y preparar un cuestionario con el fin de obtener información más detallada sobre el alcance y la naturaleza de las cuestiones de Derecho internacional privado relacionadas con la gestación por sustitución, el problema de la filiación y las necesidades existentes y enfoques que han de adoptarse<sup>55</sup>, e instó a la Oficina Permanente a presentar sus resultados en el Consejo de 2014<sup>56</sup>.

Finalmente, se elaboraron durante 2013 cuatro cuestionarios dirigidos respectivamente a los Estados Miembros de la Conferencia de La Haya y otros Estados interesados<sup>57</sup>, a profesionales del Derecho<sup>58</sup>, a profesionales de la salud<sup>59</sup> y a agencias de subrogación<sup>60</sup>.

Sobre la base de esta consulta, la Oficina Permanente elaboró dos documentos<sup>61</sup> en los que se analizan y comparan las posturas de los diferentes Estados sobre el tema en cuestión, así como la pertinencia y viabilidad para la CH de continuar trabajando sobre el tema, señalando, además las siguientes etapas recomendadas para su debate<sup>62</sup>.

En resumen, las conclusiones a las que se llegó la Oficina Permanente conjuntamente en ambos documentos son las siguientes:

En materia de filiación, se observa que las leyes internas de los Estados se han visto influenciadas por cambios sociales, científicos y demográficos, distinguiéndose dos cambios a lo largo de los últimos cien años. Por un lado, se ha pasado de tener en cuenta el estado civil de los padres para determinar sus obligaciones para con los hijos, a obviar si los padres están o no casados, y de esta manera considerar iguales a todos los hijos independientemente de su filiación; y, por otro lado, se ha evolucionado hacia la consideración de que los padres genéticos no son los únicos padres que puede tener un niño; así, pueden existir padres de deseo que prestan su consentimiento a la paternidad a pesar de no aportar su carga genética. Destaca este estudio, que este segundo proceso evolutivo no ha sido igualmente aceptado por todos los Estados, por lo que muchos no han avanzado legislativamente promulgando leyes de adaptación a la nueva situación. Los documentos insisten en que los esfuerzos no deben centrarse tanto en armonizar las normas de los diferentes Estados, como en abrir puentes entre los diferentes sistemas jurídicos, sobre la base de principios

comunes reconocidos internacionalmente (como los previstos en la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*)<sup>63</sup>.

Los documentos también concluyen que no se ha realizado ningún trabajo a nivel internacional para unificar las normas relativas a la filiación legal en el ámbito del Derecho internacional privado, tampoco para establecer la cooperación transfronteriza en este ámbito<sup>64</sup>.

Señalan, también, que los conflictos entre Estados se plantean sobre todo por las diferencias entre ellos para determinar la filiación en el caso de que intervengan sujetos de varios Estados, pues, en algunos casos se acude al conflicto de leyes, teniendo en cuenta las normas aplicables; y, en otras ocasiones, se acude al reconocimiento de documentos extranjeros<sup>65</sup>.

Por otro lado, el estudio tiene por objeto plantear la cuestión acerca de la pertinencia y viabilidad de proseguir los trabajos sobre la cuestión tratada. En cuanto a si procede continuar con los trabajos, la respuesta fue afirmativa a la vista de la opinión manifestada por los Estados y los distintos grupos consultados y, sobre todo, desde el punto de vista de los derechos de los niños<sup>66</sup> y de las demás partes implicadas, para garantizar su seguridad jurídica y proteger sus derechos y bienestar<sup>67</sup>. En cuanto a la viabilidad, es decir, respecto a la pregunta de si sería posible alcanzar un acuerdo multilateral, los informes, a la vista de las respuestas aportadas por los Estados al cuestionario presentado, plantean numerosas dudas o problemas que se podrían presentar a la hora de intentar formular el acuerdo. Básicamente estos problemas surgirían del alcance vinculante o no del hipotético acuerdo, las garantías que se debieran adoptar, la conveniencia o no de realizar un convenio a imagen y semejanza del *Convenio de La Haya de 1993*, los problemas de orden público o el coste para los Estados de cambiar su enfoque en cuanto al reconocimiento de la filiación en situaciones internacionales<sup>68</sup>.

Por último, se plantea en estos dos documentos la previsión sobre futuras actuaciones que se deben seguir para continuar los trabajos iniciados por la Conferencia de La Haya, principalmente se plantea la creación de un grupo de expertos que profundicen en los aspectos dudosos acerca de la viabilidad de un instrumento multilateral vinculante en esta materia<sup>69</sup>.

El Consejo de Asuntos Generales y Política estudió el tema en reunión que se celebró del 8 al 10 de abril de 2014 y concluyó que la Oficina permanente debía continuar investigando y recabando información acerca de la viabilidad de un acuerdo multilateral<sup>70</sup>.

En febrero de 2015 se elaboró por la Oficina Permanente un nuevo documento (Prel. Doc. núm. 3 A) de ampliación de los anteriores titulado *The parentage/surrogacy Project: an updating note*<sup>71</sup>, en este documento se hace mención a los trabajos llevados a cabo por el Comité de los Derechos del Niño sobre la materia en los años precedentes y al impacto que ha tenido en los Estados las últimas decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>72</sup> sobre

la cuestión. Por otro lado, indica como futuras acciones la constitución de un grupo de expertos que profundice sobre la cuestión. Además, en su Anexo II señala algunos de los problemas de violación de derechos humanos que se han observado como consecuencia de acuerdos de gestación subrogada, que son: el abandono de niños, posibles casos de tráfico de niños, el derecho de los niños a conocer sus orígenes biológicos, la preocupación sobre la prestación de consentimiento por parte de la madre gestante, así como la detección de problemas con los agentes intermediarios.

El Consejo, en la reunión que tuvo lugar en marzo de 2015 marcó las pautas de trabajo del grupo de expertos que se debe constituir para estudiar la viabilidad del mencionado acuerdo multilateral<sup>73</sup>, instándole a presentar un informe en 2016.

Como consecuencia de lo anterior, en enero de 2016 la Oficina permanente presentó, a la atención del grupo de expertos antes mencionado, una nota informativa sobre el proyecto de filiación / maternidad de sustitución<sup>74</sup>. Este documento señala como objetivos del grupo de expertos: la necesidad de identificar las áreas problemáticas y dónde es necesario encontrar soluciones comunes, proveer de datos preliminares sobre el posible instrumento multilateral, así como identificar y discutir acerca de los retos que plantea la posibilidad de lograr este hipotético acuerdo.

La Conferencia de La Haya es consciente de que durante el tiempo en que la Oficina Permanente está trabajando sobre esta cuestión, la situación jurídica de los Estados sobre la materia va evolucionando, ya que se trata de un fenómeno dinámico; por ello, a pesar de que se designara un grupo de expertos para trabajar sobre la cuestión, se hace necesaria la colaboración de la Oficina Permanente para actualizar los datos que se han ido recopilando hasta la fecha y ofrecerlos al grupo de expertos, así, el documento que estamos comentando, dedica una parte del mismo a informar sobre estos cambios producidos en los Estados<sup>75</sup>.

El documento incluye un resumen de los problemas de Derecho internacional privado que produce la gestación subrogada internacional y señala algunas cuestiones acerca de estos problemas que el grupo de expertos debería responder<sup>76</sup>. Además realiza algunas recomendaciones sobre cómo el grupo de expertos deberían abordar su trabajo, indicando que el futuro instrumento multilateral debería enfrentarse a las cuestiones conflictivas de Derecho internacional privado, establecer canales de comunicación y cooperación entre Estados e inspirarse en otros convenios de La Haya.

En febrero de 2016 el grupo de expertos presentó su primer informe sobre el tema señalando que, debido a la complejidad de la cuestión, no se habían podido obtener conclusiones definitivas, y que se debía de continuar con el trabajo iniciado poniendo énfasis en el reconocimiento entre Estados de documentos públicos extranjeros y de resoluciones judiciales de parentesco<sup>77</sup>.

El Consejo en reunión de 15-17 de marzo de 2016 aceptó la propuesta del grupo de expertos y les invitó a continuar en la línea que han indicado, emplazándoles a mostrar sus resultados en la reunión del Consejo de 2017<sup>78</sup>.

Podemos concluir, por tanto, que existe gran preocupación en el marco de la Conferencia de La Haya sobre la cuestión tratada en este trabajo, preocupa en especial la situación de vulnerabilidad de los niños, las madres subrogadas y los padres de intención y para evitar posibles fraudes, abusos, tráfico de personas o la existencia de niños apátridas o sin padres, se trabaja en la creación de un convenio multilateral que cree puentes sobre el reconocimiento de la filiación de los menores en caso de gestación subrogada transfronteriza y facilite un espacio de cooperación entre los Estados. Lo que pretende la Conferencia no es posicionarse a favor o en contra de la gestación por sustitución sino crear estos puentes de cooperación que generen un contexto de seguridad jurídica ante la realidad existente (DARNOSVKY y BEESON, 2015), una realidad en la que la falta de regulación o la permisiva relación de algunos Estados da lugar a abusos y situaciones de tráfico de personas y en la que la ausencia de un convenio multilateral entre Estados sobre la filiación de los nacidos a través de gestación por sustitución provoca situaciones indeseadas de niños apátridas, tráfico de menores, falta de identidad y otros supuestos de violación de derechos humanos.

No obstante, la Conferencia de La Haya es consciente de la dificultad de crear este acuerdo multilateral debido a los diferentes enfoques que, sobre todo en materia de reconocimiento de la filiación existen en los diferentes Estados, y el coste que supondría para algunos de ellos cambiar este enfoque y, por ejemplo, reconocer situaciones de filiación creadas a través mecanismos que son contrarios al orden público que se deriva del Derecho interno de cada Estado. Es por ello que, pese a los esfuerzos que se están realizando por la Conferencia de La Haya creemos complicado llegar a un consenso entre los Estados y poder generar un convenio vinculante a todos ellos.

#### IV. POSTURA EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: PRONUNCIAMIENTOS DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

En el marco de la Organización de Naciones Unidas (ONU, en adelante), el órgano que en diversas ocasiones ha abordado el tema de la gestación por sustitución es el Comité de los Derechos del Niño (el Comité, en adelante). El Comité es un órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación por los Estados Partes de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989<sup>79</sup> (CDN o la Convención, en adelante); también supervisa la aplicación de los dos

protocolos facultativos de la Convención que son: el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados* (OPAC) de 25 de mayo de 2000<sup>80</sup> y el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* (OPSC) de 25 de mayo de 2000<sup>81</sup>.

La supervisión que realiza el Comité de este último Protocolo facultativo así como la supervisión que realiza de la CDN es la actividad del Comité que nos interesa a los efectos de esta investigación y que abordaremos en los párrafos siguientes.

El artículo 12 del OPSC recoge el deber de los Estados de informar al Comité acerca de las medidas adoptadas y aplicación del Protocolo. Por su parte, el artículo 44 de la CDN recoge el deber de los Estados de informar al Comité sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención.

Una vez emitidos estos informes por los Estados, el Comité realiza sus Observaciones Finales tras los correspondientes exámenes y formula recomendaciones a los Estados sobre cada una de las cuestiones presentadas.

De esta manera, el Comité no ha realizado un estudio o pronunciamiento general sobre su postura acerca de la gestación subrogada, pero sí se ha manifestado en diversas ocasiones sobre el tema por medio de Observaciones Finales, tras examinar los informes, anteriormente mencionados, presentados por aquellos Estados en los que se reconoce la gestación por sustitución.

Recordemos que el artículo 35 CDN impide la venta o trata de niños, por su parte, el apartado a) del artículo 2 del OPSC señala: «A los efectos del presente protocolo:

*Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución».*

Como vemos, la definición de gestación por sustitución encaja perfectamente dentro de lo que el Comité considera como «venta de niños». Así lo ha considerado el Comité en las Observaciones Finales que, hasta el momento, ha realizado a los siguientes Estados:

- Estados Unidos de América: el Comité, tras examinar y debatir el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América sobre la aplicación del OPSC<sup>82</sup>, recomienda que se defina, reglamente, vigile y tipifique como delito la venta de niños tanto a nivel federal como en todos los Estados de acuerdo con el OPSC, en particular, la venta de niños con fines de adopción ilegal incluidas cuestiones como la maternidad subrogada y los pagos antes del nacimiento; también recomienda que defina qué se entiende por «gastos razonables»<sup>83</sup>.



- La India: en relación con el tercero y cuarto informe combinado presentados por la India sobre la aplicación de la Convención, el Comité solicita al Estado que proporcione información detallada, por escrito, sobre las medidas que en su caso hayan adoptado para garantizar que la legislación y los procedimientos sobre nacimientos consecuencia de gestación subrogada se adapten a la CDN (en concreto a los arts. 3, 6, 7, 8, 9, 19, 21 y 35 CDN), a lo que el Estado responde que se está trabajando en un proyecto de ley sobre tecnología de reproducción asistida, que incluirá la práctica ética de la gestación por sustitución entre otras técnicas; y, por otro lado, señala que el Tribunal Supremo de la India ha considerado que las disputas sobre gestación subrogada sean examinadas por la Comisión Nacional y Estatal para la protección de los derechos del niño<sup>84</sup>. Con todo, en las Observaciones Finales, el Comité, manifiesta su preocupación por la falta de regulación adecuada de la gestación subrogada, así como la generalización de su uso comercial, lo que según el Comité *«lleva a la venta de niños y a la violación de los derechos de los niños»*<sup>85</sup>. Así mismo, recomienda que el citado proyecto de ley defina, regule y vigile los acuerdos de subrogación y tipifique como delito la venta de niños con fines de adopción ilegal, *«incluido el uso indebido de la maternidad subrogada»*<sup>86</sup>.
- México: En las Observaciones finales que realiza el Comité sobre los informes periódicos cuarto y quinto presentados de manera combinada por México relativos a la CDN<sup>87</sup>, el Comité manifiesta su preocupación por no haber incorporado ni a la ley federal ni a la estatal todos los delitos previstos en el Protocolo facultativo, como la venta de niños<sup>88</sup>; así como por el hecho de que la regulación de la gestación por sustitución por el Estado de Tabasco no ofrezca suficientes garantías para evitar que se convierta en un medio para la venta de niños. Por ello recomienda revisar sus códigos penales y tipificar como delito la venta de niños y los demás delitos incluidos en el Protocolo facultativo, así como velar por que el estado de Tabasco revise su legislación sobre la materia<sup>89, 90</sup>.
- Israel: el Comité, tras examinar los informes periódicos segundo a cuarto enviados por Israel relativos a la CDN recomienda al Estado entre sus Observaciones Finales que, al regular la gestación subrogada, garantice el respeto de los derechos de los niños y la consideración primordial a su interés superior, así como su derecho a conocer información sobre sus orígenes. También recomienda al Estado que considere proporcionar apoyo y asesoramiento tanto a los futuros padres como a las madres sustitutas<sup>91</sup>. Posteriormente, el Comité, al examinar el informe inicial de Israel sobre el OPSC manifiesta su preocupación por el hecho de

que en el Estado no exista un procedimiento adecuado de selección de futuros padres con la finalidad de impedir la venta encubierta de niños y/o posibles abusos sexuales y, en consecuencia, recomienda tomar medidas sobre este asunto y promocionar políticas más restrictivas sobre la cuestión<sup>92</sup>.

- Países Bajos: tras examinar el tercer informe periódico de los Países Bajos, el Comité manifiesta su preocupación por la existencia de adopciones ilegales, venta de niños por internet y supuestos de gestación por sustitución y, en consecuencia, recomienda que se adopten medidas legales para evitar estos sucesos<sup>93</sup>.
- Suiza: examinados por el Comité los informes periódicos segundo a cuarto relativos a la CDN remitidos por Suiza, el Comité manifiesta su preocupación ya que, a pesar de que se prohíben en este país los acuerdos de gestación subrogada, sin embargo los nacidos por esta vía, mientras se tramita su adopción quedan en situación de incertidumbre, por lo que recomienda al Estado que agilice los trámites de la adopción y tenga en cuenta durante el proceso el interés superior del niño<sup>94</sup>.

En conclusión, la postura del Comité acerca de la gestación subrogada, se resume en que se debe rechazar la gestación subrogada comercial por el riesgo que supone que esta práctica se convierta en un medio lícito para traficar con personas. A tales efectos, el Comité insta a los Estados a garantizar que la regulación de la gestación subrogada en cada uno de ellos sea efectivamente altruista. La dificultad radica en definir qué se entiende por gestación por sustitución altruista pues la mayoría de los Estados parten de la prohibición de la gestación subrogada comercial pero aceptan la existencia de «gastos razonables» como pagos reconocidos a la gestante, sin concretar qué se entiende por tales y cuál es el límite entre abonar un gasto que sufre la madre gestante y satisfacer un *lucrum cesans*, en cuyo caso estaríamos ante una gestación por sustitución comercial.

La segunda preocupación del Comité sobre esta materia se centra en el cumplimiento del deber que tienen los Estados de garantizar el derecho de los niños a conocer sus orígenes biológicos, el artículo 7 de la CDN reconoce el derecho de los niños a conocer a sus padres, por ello, el Comité aceptaría una regulación de la gestación subrogada que garantizara esta cuestión.

Vemos, por tanto, que el Comité no rechaza de manera radical la gestación subrogada y, entendemos que, asumiendo que es una práctica que pese a las prohibiciones que puedan existir puede seguir dándose, la acepta con dos condiciones: que los Estados garanticen que se trata de una práctica absolutamente altruista de manera que no exista riesgo de considerarla un supuesto de tráfico de personas; y que se garantice el derecho de los menores nacidos por este procedimiento a conocer sus orígenes biológicos.

## V. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN EN ESPAÑA. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA INSCRIPCIÓN DE LOS MENORES EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL.

### 1. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA

La *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida* (en adelante LTRHA), como ya hacía la anterior ley sobre técnicas de reproducción asistida, *Ley 25/1988, de 22 de noviembre*, regula en su artículo 10 la gestación por sustitución en los siguientes términos:

«1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*

2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.*

3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».*

El artículo 10 LTRHA, (en adelante, el artículo 10), recoge en su primer apartado la nulidad absoluta y de pleno derecho de cualquier contrato de gestación por sustitución pero ¿significa esto que la gestación por sustitución está prohibida en nuestro Derecho?

La respuesta parece sencilla: sí, pues si el contrato de gestación subrogada es nulo es porque está prohibido; no obstante, la doctrina no es unánime sobre esta cuestión, son muchos los autores que se han posicionado en respuesta a esta pregunta, unos para considerar que el artículo 10 no contiene una prohibición, otros para opinar justamente lo contrario. Veamos las diferentes posturas:

Algunos autores consideran que, pese a ser nulo el contrato de gestación subrogada celebrado en España, no está prohibida esta práctica con carácter general y ello porque para que fuera una conducta prohibida sería necesario que así se manifestase expresamente en la norma o que, al menos, se recogieran sanciones para el caso de incumplimiento (HEREDIA CERVANTES, 2015, 368; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2014, 152; ATIENZA, 2015, 95; LEMA AÑÓN, 1999, 380; CARRILLO POZO, 2015, 77).

Otros autores, sin embargo, ven en la tajante declaración de nulidad del contrato previsto en el artículo 10.1 la prohibición de esta forma de reproducción (BLANCO-MORALES LIMONES, 2015, 11; BAZ VICENTE, 2015, 271; CASADO BLANCO e IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, 2014, 61; RAMÓN FERNÁNDEZ, 2014, 45; SOUTO GALBÁN, 2016, 183; LAMM, 2014, 50; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, 2014, 125 y 210; SELMA PENALVA, 2015, 296; VELARDE D'AMILL, 2012, 66; VILAR GONZÁLEZ, 2014, 909; CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2015, 96; GARCÍA PÉREZ, 2017, 354; FERRER VANRELL, 2013, 59 y 66; TAMAYO HAYA, 2013, 273).

¿A qué se debe esta contradicción dentro de la doctrina?

Encontramos, en este punto, la gran antinomia que se puede deducir del artículo 10, se presupone que si una conducta es nula no puede producir efectos jurídicos; en este sentido el artículo 10 apartado primero es categórico, de hecho, no acepta ningún tipo de gestación subrogada ni con precio ni sin él, sin excepciones; sin embargo, el párrafo tercero del mismo artículo deja la puerta abierta al reconocimiento de posibles efectos en caso de celebración de este contrato, de manera que el padre biológico, podrá reclamar la paternidad de su hijo concebido mediante gestación subrogada<sup>95</sup>, produciendo, así, efectos jurídicos una conducta que *a priori* era nula.

Este inciso del artículo 10 no hace más generar dudas acerca de la prohibición o no de esta conducta ¿cómo puede producir efectos jurídicos válidos una conducta prohibida? La contundente declaración de nulidad del párrafo primero contrasta con la laxitud del párrafo tercero del artículo 10.

Podría parecer que lo que únicamente está reconociendo el artículo 10 en su párrafo tercero es una realidad: que el padre biológico lo es y puede reclamar esta filiación y que, en este sentido, no existe contradicción con el párrafo primero del mismo artículo.

Sin embargo, por un lado abre la posibilidad, en los casos de filiación producida en el extranjero, no solo a que el padre biológico reclame la constatación de la verdad biológica, sino a que la madre comitente pueda finalmente ser madre legal, adoptando al hijo de su cónyuge, en contra del principio *mater semper certa est* que recoge el segundo párrafo del artículo 10. La cuestión podría solucionarse adoptando algunas posturas que se dan en el Derecho comparado, como por ejemplo, el caso de Italia, en el que no se reconoce, si quiera, la paternidad del padre biológico, evitando así todo efecto acerca de la gestación subrogada producida en el extranjero<sup>96</sup>.

Por otro lado, el hecho de permitir que al padre biológico se le considere padre legal abre también paso al reconocimiento de otros efectos subsidiarios como la atribución de prestaciones por maternidad/paternidad, en este sentido existen numerosas sentencias de instancia y de los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas que lo admiten (es la línea general), aunque otras niegan esta posibilidad, generando jurisprudencia contradictoria<sup>97</sup>.

A mayor abundamiento, y como argumentan los autores antes citados, una conducta prohibida debería conllevar la imposición de sanciones para el caso de incumplimiento.

La Ley 14/2006, en su Capítulo VIII relativo a *Infracciones y Sanciones*, no dedica ningún artículo específico a tipificar como infracción ni a sancionar la práctica de la gestación por sustitución. Tanto esta ley, como su predecesora de 1988 desoyeron en este apartado la Recomendación 116 del «Informe Palacios» que señalaba «*Deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera,*

*las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien, y los equipos médicos que las realicen»<sup>98</sup>.*

En el Código Penal tampoco se tipifica como delito la gestación por sustitución, si bien es una conducta que puede dar lugar a los delitos contenidos en el Capítulo II del Título XII *De la suposición del parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor*, sin embargo, lo que sancionan estos artículos no es la gestación por sustitución en sí misma sino la voluntad de alterar la filiación del nacido por estos medios<sup>99</sup>.

No obstante las consideraciones anteriores, entendemos que, en tanto está prohibido el tráfico de personas, cualquier acto (incluida la gestación por sustitución) que pueda motivar, facilitar o propiciar esta situación tiene que considerarse prohibida y no puede ser aceptada en nuestro Derecho.

Esta es la postura que manifiesta el Estado español al dar respuesta a la pregunta número 24 del cuestionario que la Conferencia de La Haya remitió a los diferentes Estados en el marco de los trabajos que está realizando sobre la materia. La pregunta 24 del formulario<sup>100</sup> plantea la cuestión acerca de si en el Estado al que va dirigida la pregunta están permitidos los acuerdos de subrogación, las posibles opciones que se plantean a los Estados son:

- a) Sí, están permitidos todos los acuerdos de subrogación.
- b) No, toda forma de gestación subrogada está expresamente prohibida por la ley: especificar incluyendo las sanciones existentes.
- c) Depende de la naturaleza del acuerdo de gestación subrogada.
- d) Otros.

En respuesta a esta pregunta la opción que marca el Estado español es la b)<sup>101</sup>, y a modo explicativo declara que en nuestro país están expresamente prohibidos todos los acuerdos de gestación subrogada, remite al párrafo primero del artículo 10 LTRHA y señala como sanciones aplicables las de los artículos 220 a 222 del CP. Por lo tanto, la postura oficial de nuestro país en materia de gestación subrogada es que esta es una práctica prohibida y que puede ser castigada<sup>102</sup>.

En conclusión y en respuesta a la pregunta inicial: ¿prohíbe el artículo 10 la gestación por sustitución? Entendemos que la voluntad del legislador fue prohibir la gestación subrogada, de lo contrario, no tendría sentido declarar nulo el contrato celebrado. Esta es la postura que el Estado español mantiene frente a terceros evidenciada en la respuesta al cuestionario presentado por la Conferencia de La Haya. Sin embargo, como hemos visto, el artículo 10 es del todo criticable pues se contradice a sí mismo, por un lado, declarando nulo el contrato de gestación subrogada y, por otro, dejando al padre comitente la posibilidad de reclamar la paternidad y por tanto de hacer efectivo su derecho

de filiación pasando por alto la prohibición contenida en el párrafo primero y atribuyendo efectos válidos a una conducta prohibida.

Así las cosas, si la voluntad del legislador era prohibir la gestación subrogada, hubiera sido deseable, no solo establecer su prohibición expresa en la Ley, sino determinar con claridad sanciones civiles eficaces, como la privación absoluta de la filiación, incluida la del padre biológico y sin ofrecer alternativas; o la clara determinación de sanciones penales, castigando expresamente la celebración del contrato de gestación por sustitución y su intervención en él de cualquier modo, como hacen los países a los que hemos aludido.

## 2. INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN: POSTURAS ENCONTRADAS DEL TS Y DE LA DGRN

La dificultad interpretativa del artículo 10 puesta de manifiesto en el párrafo anterior, no ha hecho más que complicar la aplicación práctica de esta norma.

Sin duda, el caso que más polémica ha suscitado en España, por ser el primero y también el único que ha llegado al Tribunal Supremo ha sido el llamado «Caso cero».

En el año 2008 nacieron los mellizos, de padres españoles, a través de gestación subrogada en San Diego, California (EE.UU). Tras el juicio de parentalidad americano<sup>103</sup>, las autoridades californianas expidieron el certificado de nacimiento de los menores figurando como padres naturales de los menores ambos padres de intención y sin mención alguna a la madre gestante.

Los menores adquirirían así la nacionalidad americana, por haber nacido en territorio americano. Los padres de intención, en el intento de inscribir a sus hijos en el Registro Civil español y de que adquirieran su filiación y la nacionalidad española, acudieron al Registro Civil del Consulado General de España en Los Ángeles, donde les fue denegada dicha inscripción, porque al ser obvio que los menores habían nacido a través de gestación subrogada, y ser esta práctica contraria al artículo 10 LTRHA y prohibida en España, el Auto del Canciller del Consulado debía denegar la inscripción.

A partir de este momento, se inicia todo el desarrollo judicial y administrativo del «Caso cero» dando lugar a numerosos pronunciamientos judiciales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado que culminan con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010<sup>104</sup> y la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014<sup>105</sup>.

La DGRN en la citada Instrucción, se muestra favorable a la inscripción directa de los menores nacidos a través de gestación subrogada en el extranjero a través del reconocimiento de la certificación de nacimiento producida en el país extranjero. Para permitir dicha inscripción, señala un requisito previo: exige la presentación de una resolución judicial dictada en el país de nacimiento de los menores donde se acredite su filiación a favor de los padres de intención y

que cumpla una serie de directrices que señala la instrucción<sup>106</sup>. El fundamento último de la Instrucción es la protección del interés superior del menor.

Sin embargo ¿Qué ocurre con los menores procedentes de países en los que no se emite dicha resolución judicial o esta no cumple las directrices señaladas en la Instrucción? La propia Instrucción remite al procedimiento del párrafo tercero del artículo 10 para resolver dichos casos. En mi opinión, el hecho de que la DGRN reconozca el procedimiento del párrafo tercero del artículo 10 para algunos supuestos demuestra que el Centro Directivo reconoce la protección del interés superior del menor a través de dicho procedimiento, por lo que la propia DGRN está reconociendo que la aplicación de la Instrucción es prescindible ya que hay otros medios de inscripción de estos menores que no pasan por la inscripción directa y que igualmente protegen el interés superior del menor.

Por su parte, el Tribunal Supremo, frente al mismo caso adopta una postura distinta y se postula en contra de la inscripción directa de los menores, para ello aboga por el reconocimiento de la filiación extranjera y la aplicación del párrafo tercero del artículo 10 en cuanto a la inscripción de los menores en España y ello sobre la base de que no se puede reconocer directamente el contenido de la certificación de nacimiento extranjera pues ello supondría tanto como reconocer en España la validez de un contrato (el de gestación subrogada) prohibido en nuestro Derecho y contrario al orden público internacional español.

Incide la sentencia en que no es contrario al interés superior del menor denegar la inscripción que determine su filiación, de la misma manera que cuando el Código Civil permite que se impugne la filiación de un menor no exige que quede determinada otra inmediatamente y esto no se considera contrario a su interés, de este modo puede perjudicarle aún más tener una filiación determinada en contra de los principios del ordenamiento jurídico.

Así, el Tribunal Supremo lo que en definitiva hace es denegar la inscripción pero consentir la filiación determinada por la resolución judicial y la certificación extranjera y se permite hacerlo porque en nuestro Derecho la inscripción no es constitutiva (aunque sí que supone el reconocimiento de la filiación) (VILAR GONZÁLEZ, 2014, 914) por lo que los menores pueden tener la filiación determinada por las autoridades extranjeras, pero no estar inscritos en el Registro Civil español (VELA SÁNCHEZ, 2015, 38).

Como consecuencia de estos pronunciamientos, a día de hoy, y pese a que exista una sentencia del Tribunal Supremo que prohíba la inscripción directa de los menores nacidos a través de gestación subrogada en el extranjero, de hecho, los menores están siendo inscritos siguiendo el procedimiento de la DGRN.

El diferente tratamiento de la cuestión por ambas instituciones hace que las personas que se vean en la tesitura de celebrar un contrato de gestación subrogada en el extranjero no sepan a qué atenerse en cuanto a la normativa

aplicable y en cuanto a los efectos del hecho practicado, lo que conlleva un claro supuesto de inseguridad jurídica.

Pero no solo la seguridad jurídica resulta puesta en entredicho en esta cuestión, también el principio de no discriminación. Como hemos visto, la DGRN acepta la inscripción directa de los menores nacidos a través de gestación subrogada en el extranjero cuando se cumplan los requisitos y directrices establecidos en la Instrucción, pero, ¿qué pasa con los menores que pudieran nacer en España por esta vía? En aplicación del artículo 10 LTRH nunca podrían ser inscritos estos menores directamente con la filiación de sus padres de intención pues sería necesaria la reclamación de la filiación por parte del padre biológico y la madre legal siempre sería la gestante (*ex. art. 10.3 LTRHA*), de esta manera se está incitando a la práctica de la gestación subrogada transfronteriza a la que solo tienen acceso unos pocos por razones económicas siendo discriminados quienes no tienen recursos económicos para salir al extranjero.

## CONCLUSIONES

I. En todas las instituciones tanto de Derecho internacional público, como de Derecho internacional privado estudiadas existe preocupación sobre la práctica generalizada de la gestación subrogada, en particular sobre la gestación subrogada transnacional y sus efectos.

II. Los puntos que más preocupan a las instituciones estudiadas son:

- La posibilidad de que la gestación subrogada se convierta en un supuesto de tráfico de menores.
- La inseguridad jurídica que la gestación subrogada transnacional genera sobre los menores en orden a su filiación, *status* jurídico y desconocimiento de sus orígenes biológicos.
- La protección de las madres gestantes que no siempre se encuentran en situación de igualdad respecto de los padres de intención.
- La vulnerabilidad de los padres de intención, en ocasiones desinformados y víctimas de organizaciones vinculadas al tráfico de niños.
- La vulneración de la dignidad de la persona al considerar a la madre gestante como un objeto, así como al menor nacido de esta práctica.
- La dificultad de armonizar la normativa sobre la cuestión.

III. La mayoría de las instituciones distinguen entre gestación subrogada altruista y comercial, entendiendo por comercial aquella en la que existe contraprestación económica y altruista aquella en la que no existe esta contraprestación o solo se atribuye a la mujer gestante los gastos razonables que genera la gestación, planteando el Comité de los Derechos del Niño la dificultad que



supone deslindar la fina línea divisoria entre ambas y definir lo que son «gastos razonables». A estos efectos las instituciones estudiadas consideran la gestación por sustitución comercial como un supuesto de tráfico de niños.

IV. Se insiste en considerar la gestación por sustitución como un fenómeno global que merece la creación de un convenio multilateral que solucione los problemas planteados a lo largo del estudio, sin la intención de unificar, ante la dificultad que esto supondría, la legislación de todos los estados sobre la materia.

V. Como posible solución al problema se considera el reconocimiento mutuo del estado civil de los menores así nacidos entre los estados implicados y la adhesión al convenio en el que está trabajando la Conferencia de La Haya.

VI. En el ámbito interno la contradictoria redacción del artículo 10 LTRHA, su difícil interpretación, así como las diferentes posturas de la DGRN y del Tribunal Supremo sobre la cuestión no hacen más que generar dudas sobre la normativa aplicable a la gestación subrogada y las consecuencias de la misma, generando la inevitable inseguridad jurídica sobre la materia y fomentando así el turismo reproductivo con el claro efecto discriminatorio de quienes no tienen medios para acceder a él.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- RDGRN de 18 de febrero de 2009.
- IDGRN de 5 de octubre de 2010.
- RDGRN de 11 de julio de 2014.
- SJPI Valencia de 15 de septiembre de 2010.
- SAP Valencia de 23 de noviembre de 2011.
- STS de 6 de febrero de 2014.
- STSJ Andalucía de 4 de febrero de 2015.
- STSJ Cataluña de 19 de julio de 2016.
- STSJ Cataluña de 15 de abril de 2016.
- STSJ Cataluña de 11 de febrero de 2016.
- STSJ Cataluña de 1 de julio de 2015.
- STSJ Cataluña de 9 de marzo de 2015.
- STSJ Cataluña de 23 de noviembre de 2012.
- STSJ Madrid de 5 de octubre de 2015.
- STSJ Madrid de 23 de diciembre de 2014.
- STSJ Madrid de 7 de julio de 2014.
- STSJ Madrid de 13 de marzo de 2013.
- STSJ Madrid de 18 de octubre de 2012.
- STSJ País Vasco de 13 de mayo de 2014.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M. (2015). Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos. *El Notario del Siglo XXI*, núm. 63, 94-98.
- BAZ VICENTE, R. (2015). Aspectos registrales civiles de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179, 269-282.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P. (2015). Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto. *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, núm. 1, 1-16.
- BRUNET, L., CARRUTHERS, J., *et al.* (2013). A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States. *Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*. Brussels. European Parliament. (1-383).
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOA GONZÁLEZ, J. (2015). Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, núm. 2, 45-113.
- CARRILLO POZO, L. F. (2015). Tratamiento registral en España de los nacimientos en el extranjero mediante gestación por sustitución. *Anuario uruguayo crítico de Derecho de familia y sucesiones: doctrina, jurisprudencia, temas procesales y registrales*, núm. 3, 69-82.
- CASADO BLANCO, M., e IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, M. (2014). Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada. *Revista española de medicina legal: órgano de la Asociación nacional de médicos forenses*, Vol. 40, núm. 2, 59-62.
- CASINI, C. (1990). Informe sobre la fecundación artificial *in vivo* e *in vitro*. En ROTHLEY, W. y CASINI, C., *Problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y de la fecundación artificial humana*. Luxemburgo. Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas (1-137).
- DARNOVSKY, M. y BEESON, D. (2015). Prácticas globales de subrogación, *AFIN*, núm. 77, 1-17.
- FERRER VANRELL, M. P. (2013). La discutible constitucionalidad de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 1, 57-76.
- GARCÍA PÉREZ, C. L. (2007). Artículo 10. Gestación por sustitución. En Cobacho Gómez, J. A. (Dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Pamplona: Thomson Aranzadi (353-396).
- HEREDIA CERVANTES, I. (2015). La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179, 339-396.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. (2014). Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España? *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 6, núm. 2, 147-174.
- LAMM, E. (2014). Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto. *Ars Iuris Salmanticensis* [En línea], Vol. 2, núm. 2, 43-50, obtenido en: <<http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/12727/13115>> (Acceso: 20 de junio de 2016).

- LEMA AÑÓN, C. (1999). *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Valladolid: Ed. Trotta.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2014). La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 189-215.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2014). La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 6, 38-50.
- SELMA PENALVA, A. (2015). Nuevas posiciones en torno a la maternidad subrogada. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172, 295-304.
- SOUTO GALVÁN, B. (2006). Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución. *Feminismo/s*, núm. 8, 181-195.
- TAMAYO HAYA, S. (2013). Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas. *Revista Digital Facultad de Derecho* [En línea], núm. 6, 261-316, obtenido en: <[http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED\\_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVOMODELODEFILIACION.PDF](http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVOMODELODEFILIACION.PDF)> (Acceso: 18 de agosto de 2016).
- TODOROVA, V. (2010). Recognition of parental responsibility: biological parenthood v. legal parenthood, i. e. mutual recognition of surrogacy agreements: what is the current situation in the MS? Need for EU action. En *Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*. Brussels. European Parliament. (1-38).
- VELA SÁNCHEZ, A. J. (2015). *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Madrid: Ed. Reus.
- VELARDE D'AMIL, Y. (2012). Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011, de 23 de noviembre de 2011: no inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 3, 61-70.
- VILAR GONZÁLEZ, S. (2014). Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, 897-931.

## NOTAS

<sup>1</sup> A pesar de que la aparición de las técnicas de reproducción asistida produjo la implosión en el mercado humano internacional de la aparición y práctica masiva de la gestación subrogada, nos apartamos de considerarla una técnica de reproducción asistida como tal pues la práctica que estamos tratando puede llevarse a cabo de manera natural mediante el mantenimiento de relaciones sexuales de la madre gestante con el donante de esperma sin necesidad de requerir la aplicación de una técnica de reproducción asistida.

<sup>2</sup> Se puede consultar en: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10022&lang=EN>> (Acceso 23 de mayo de 2016).

<sup>3</sup> *Vid.*, <<http://assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-en.asp?newsid=846&lang=2>> (Acceso: 20 mayo 2005).

<sup>4</sup> *Vid.*, <<http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS55bnQvbnveG1sLlhSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0xODk3NSZs>>

YW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJlZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTE4OTc1> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>5</sup> Vid., <<http://www.un.org/es/charter-united-nations/>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>6</sup> Vid., <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>7</sup> Vid., <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>8</sup> Vid., <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>9</sup> Vid., <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>10</sup> Ratificado por España BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2002, para su consulta vid., <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-10139>> (Acceso 23 de mayo de 2016).

<sup>11</sup> Vid., <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>12</sup> Vid., <<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>13</sup> Vid., <[http://www.accem.es/ficheros/documentos/pdf\\_trata/Convenio\\_Consejo\\_de\\_Europa.pdf](http://www.accem.es/ficheros/documentos/pdf_trata/Convenio_Consejo_de_Europa.pdf)> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>14</sup> Vid., <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-20638>> (Acceso 23 de mayo de 2016).

<sup>15</sup> Vid., <<http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>16</sup> Vid., BOE núm. 27, de 31 de enero de 2002: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-1858>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>17</sup> Vid., <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C182](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182)> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>18</sup> Vid., <<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>19</sup> Vid., BOE núm. 167, de 13 de julio de 2011: <<https://www.boe.es/boe/dias/2011/07/13/pdfs/BOE-A-2011-12066.pdf>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>20</sup> Vid., <<http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbncveG1sL1hSZWYvWDJlURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0xNjc3NSZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJlZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTE4OTc1>> (Acceso: 23 de mayo de 2016).

<sup>21</sup> Vid., <<http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbncveG1sL1hSZWYvWDJlURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yMTcxOSZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJlZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTIxMDky>> (Acceso: 19 de mayo de 2016).

<sup>22</sup> Vid., <<http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbncveG1sL1hSZWYvWDJlURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yMTcxOSZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJlZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTIxNzE5>> (Acceso: 19 de mayo de 2016).

<sup>23</sup> Vid., <<http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbncveG1sL1hSZWYvWDJlURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yMjA1MyZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJlZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTIyMDUz>> (Acceso: 19 de mayo de 2016).

<sup>24</sup> Vid., <[http://www.fafce.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=309:press-release-in-spanish-comunicado-de-prensa-maternidad-subrogada-tomara-el-consejo-de-](http://www.fafce.org/index.php?option=com_content&view=article&id=309:press-release-in-spanish-comunicado-de-prensa-maternidad-subrogada-tomara-el-consejo-de-)>

europa-una-postura-a-favor-de-la-dignidad-humana-y-el-estado-de-derecho&catid=53:human-dignity&Itemid=234&lang=en> (Acceso: 19 de mayo de 2016).

<sup>25</sup> *Vid.*, p.23<<http://website-pace.net/documents/10643/59254/RepPrepSOC-E.pdf/1b1d25ac-757f-4916-9c44-9180531dfae6>> (Acceso 19 de mayo de 2016).

<sup>26</sup> *Vid.*, <<http://assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-en.asp?newsid=6060&lang=2>> (Acceso: 20 de mayo de 2016).

<sup>27</sup> *Vid.*, <<http://www.assembly.coe.int/committee/SOC/2016/SOC002E.pdf>> (Acceso: 20 de mayo de 2016).

<sup>28</sup> Para su consulta *vid.*, <<http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbncveG1sL1hSZWYvWDJlURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yMzAxNSZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJlZi1XRC1BVCIYTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTIzMDMDE1>> (Acceso: 10 de octubre de 2016).

<sup>29</sup> Para consultar las preguntas realizadas en el seno del Parlamento Europeo a la Comisión *vid.*, <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+CRE+20110310+SIT+DOC+PDF+V0//ES&language=ES>> 140. (Acceso: 24 de mayo de 2016);

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2011-002642&language=ES>> (Acceso: 24 de mayo de 2016);

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2011-010214&format=XML&language=ES>> (Acceso: 24 de mayo de 2016);

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2011-010214&language=ES>> (Acceso: 24 de mayo de 2016);

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2014-010084&format=XML&language=ES>> (Acceso: 24 de mayo de 2016);

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2015-010207&language=ES>> (Acceso: 24 de mayo de 2016);

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2015-010207&language=ES>> (Acceso 24 de mayo de 2016);

<sup>30</sup> *Vid.*, <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2015-010207&language=ES>> (Acceso 24 de mayo de 2016).

<sup>31</sup> Para su consulta *vid.*, DOUE, núm. 101, de 15 de abril de 2011, <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-80799>> (Acceso: 29 de mayo de 2016).

<sup>32</sup> En el epígrafe II. trataremos en profundidad los trabajos que actualmente se están realizando en el seno de la Conferencia de La Haya sobre la materia.

<sup>33</sup> Se puede consultar en: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2013-0426+0+DOC+PDF+V0//ES>> (Acceso: 29 de mayo de 2016).

<sup>34</sup> *Vid.*, observación general núm. 115 dentro de las relativas a los derechos de las mujeres y las niñas: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+XML+V0//ES>> (Acceso: 29 de mayo de 2015).

<sup>35</sup> Propuesta (B8-0694/2016) formulada por MARA BIZZOTTO, para su consulta *vid.*, 17, <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+PV+20160623+SIT+DOC+PDF+V0//ES&language=ES>> (Acceso: 6 de julio de 2016).

<sup>36</sup> Para su consulta *vid.*, <<https://assets.hcch.net/docs/97867a48-a528-4b5f-8c30-e63849448ae7.pdf>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>37</sup> Cfr. <<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>38</sup> «Pursuant to a mandate from its Members, the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law is currently studying the private international law issues being encountered in relation to the legal parentage or «filiation» of children, as well as in relation to international surrogacy arrangements more specifically». Para su consulta *vid.*, <<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>39</sup> Cfr. Opinion of the reflection group on Bioethics on gestational surrogacy. The question of European and international rules, SECRETARIAT OF THE COMMISSION OR THE BISHOPS' CONFERENCES OF THE EUROPEAN COMMUNITY, Bruselas, febrero de 2015.

<sup>40</sup> Para consultar esta información *vid.*, <<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/surrogacy-2010-and-prior>> (Acceso 1 de junio de 2016).

<sup>41</sup> Cfr. Conclusions and Recommendations adopted by the Council, COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 7-9 April 2010, 3, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/910669ed-7210-4873-948c-2b414ce7c07a.pdf>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>42</sup> Cfr. Conclusiones y Recomendaciones aprobadas por la Comisión Especial, COMISIÓN ESPECIAL SOBRE EL FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 29 DE MAYO DE 1993 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL, 17-25 de junio de 2010, 4, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/241a8e6a-3ebb-4bc1-9153-32cfc8fb42d.pdf>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>43</sup> Cfr. Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. núm. 11, March 2011, 6, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>44</sup> *Ibid.*, 7.

<sup>45</sup> *Ibid.*, 18. El documento pone especial interés en esta cuestión y señala que es posible, incluso, la creación de niños destinados especialmente para su tráfico. Cita como ejemplo el caso *Huddleston*, en el que un hombre de veintiséis años contrata en Pensilvania a una madre de alquiler, el niño murió unas seis semanas después de nacer como consecuencia de abusos físicos.

<sup>46</sup> *Ibid.*, 19.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *Ibid.*, 20.

<sup>49</sup> *Ibid.*, 21.

<sup>50</sup> *Ibid.*, 24.

<sup>51</sup> Conclusions and Recommendations adopted by the Council, COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 5-7 April 2011, 3 y 4, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/6927488c-4415-4659-a2f0-e748fbc0a3f0.pdf>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>52</sup> A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. núm. 10, March 2012, 6., obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>> (Acceso: 2 junio 2016).

<sup>53</sup> *Ibid.*, 9 y sigs.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 25 y sigs.

<sup>55</sup> Conclusions and Recommendations adopted by the Council, COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 17-20 April 2012, 21, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/8c32ee93-e150-4575-aad1-88ea8787f872.pdf>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>56</sup> En estos mismos términos se pronuncia el citado Consejo en reunión de abril de 2013, *vid.*, Conclusions and Recommendations adopted by the Council, COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 9-11 April 2013, 2, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/a5da4346-4dd6-4ca3-aab5-a5efc8aa9f48.pdf>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>57</sup> Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of children including issues arising from international surrogacy arrangements (Questionnaire núm. 1),

PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. núm. 3, April 2013, para su consulta *vid.*, <<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>> (Acceso: 2 de junio de 2016); para consultar las respuestas de los diferentes Estados, *vid.*, <<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/responses-Q1/>>(Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>58</sup> Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of children including issues arising from international surrogacy arrangements, questionnaire addressed to legal practitioners, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, June 2013, para su consulta *vid.*, <<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>59</sup> Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of children including issues arising from international surrogacy arrangements, questionnaire addressed to health professionals, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, July 2013, para su consulta *vid.*, <<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>60</sup> Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of children including issues arising from international surrogacy arrangements, questionnaire núm. 4 addressed to surrogacy agencies, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, october 2013, para su consulta *vid.*, <<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>> (Acceso: 1 de junio de 2016).

<sup>61</sup> Cfr. The desirability and feasibility of further work on the parentage/ surrogacy project, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. núm. 3 B, March 2014, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf>> (Acceso: 6 de junio de 2016), utilizaremos la versión en castellano: Pertinencia y viabilidad de proseguir los trabajos en el marco del proyecto de filiación/ maternidad subrogada, OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA HAYA, Doc. Prel. núm. 3 B, abril de 2014, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/4e6edc61-71a0-4c95-acb8-b5628543c484.pdf>> (Acceso: 6 de junio de 2016). El Segundo document mencionado *supra* es: A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. N.º 3 C (The Study), March 2014, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>> (Acceso: 6 de junio de 2016).

<sup>62</sup> Pertinencia y viabilidad de proseguir los trabajos en el marco del proyecto de filiación/ maternidad subrogada, Doc. Prel. núm. 3 B, abril de 2014, 5, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/4e6edc61-71a0-4c95-acb8-b5628543c484.pdf>> (Acceso: 6 de junio de 2016).

<sup>63</sup> *Ibid.*, 13.

<sup>64</sup> *Ibid.*, 14.

<sup>65</sup> *Ibid.*, 15.

<sup>66</sup> *Ibid.*, 19.

<sup>67</sup> *Ibid.*, 31.

<sup>68</sup> *Ibid.*, 20 y sigs.

<sup>69</sup> *Ibid.*, 31.

<sup>70</sup> Conclusions and Recommendations adopted by the Council, COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 8-10 April 2014, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/5a2ee923-741f-48fa-b5ff-32a9fdcd0e16.pdf>> (Acceso: 7 de junio de 2016).

<sup>71</sup> The parentage/ surrogacy project: an updating note, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. núm. 3 A, February 2015, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>> (Acceso: 7 de junio de 2016).

<sup>72</sup> En concreto a los casos *Menesson v. France y Labassee v. France y Paradiso y Campanelli v. Italy*.

<sup>73</sup> Conclusions and Recommendations adopted by the Council, COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 24-26 March 2015, 2, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/8e756bba-54ed-4d3e-8081-1e777d6950dc.pdf>> (Acceso: 7 de junio de 2016).

<sup>74</sup> Background note for the meeting of the experts' group on the parentage / surrogacy project, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, January 2016, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/8767f910-ae25-4564-a67c-7f2a002fb5c0.pdf>> (Acceso: 7 de junio de 2016).

<sup>75</sup> *Ibid.*, 6.

<sup>76</sup> Para su consulta *vid.*, *ibid.*, 11.

<sup>77</sup> Report of the February 2016 meeting of the experts' group on parentage / surrogacy, COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. núm. 3, February 2016, 3, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf>> (Acceso: 7 de junio de 2016).

<sup>78</sup> Conclusions and Recommendations adopted by the Council, COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 15-17 March 2016, 3, obtenido en: <<https://assets.hcch.net/docs/679bd42c-f974-461a-8e1a-31e1b51eda10.pdf>> (Acceso: 7 de junio de 2016).

<sup>79</sup> Para su consulta *vid.*, <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>> (Acceso: 11 de junio de 2016).

<sup>80</sup> Para su consulta *vid.*, <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPACCRC.aspx>> (Acceso: 16 de junio de 2016).

<sup>81</sup> Para su consulta *vid.*, <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPSCCRC.aspx>> (Acceso: 16 de junio de 2016).

<sup>82</sup> Para consultar el contenido de la sesión *vid.*, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FSR.1760&Lang=es](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FSR.1760&Lang=es)> (Acceso: 11 de junio de 2016), en esta sesión del Comité de los Derechos del Niño se estudia el informe presentado por los Estados Unidos de América, conviene resaltar que en ella, ante la pregunta formulada por CARDONA-LLORENS sobre por qué no se penaliza expresamente la venta de niños en Estados Unidos (*vid.*, 4), el representante de los Estados Unidos responde que los delitos cubiertos por el Protocolo Facultativo, incluida la venta de niños con fines de servidumbre involuntaria, están castigados tanto a nivel federal como a nivel estatal. Además manifiesta que la venta de niños está prohibida por la ley y que la gestión subrogada está controlada por las autoridades.

<sup>83</sup> Para su consulta *vid.*, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2fOPSC%2fUSA%2fCO%2f2&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2fOPSC%2fUSA%2fCO%2f2&Lang=en)> (Acceso: 11 de junio de 2016).

<sup>84</sup> *Cfr.*, 5, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fc%2fIND%2fQ%2f3-4%2fAdd.1&Lang=es](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fc%2fIND%2fQ%2f3-4%2fAdd.1&Lang=es)> (Acceso: 11 de junio de 2016).

<sup>85</sup> *Cfr.*, 13 (versión en castellano), <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fc%2fIND%2fCO%2f3-4&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fc%2fIND%2fCO%2f3-4&Lang=en)> (Acceso: 11 de junio de 2016).

<sup>86</sup> *Ibid.*, 14.

<sup>87</sup> Para su consulta *vid.*, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fc%2fMEX%2fCO%2f4-5&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fc%2fMEX%2fCO%2f4-5&Lang=en)> Versión en castellano, (Acceso: 11 de junio de 2016).

<sup>88</sup> Esta preocupación ya la había manifestado el Comité en las anteriores Observaciones finales, *vid.*, 4, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/OPSC/MEX/CO/1&Lang=En](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/OPSC/MEX/CO/1&Lang=En)> (Acceso: 11 de junio de 2016).



<sup>89</sup> Cfr. <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fMEX%2fCO%2f4-5&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fMEX%2fCO%2f4-5&Lang=en)> Versión en castellano, 21, (Acceso: 11 de junio de 2016).

<sup>90</sup> Con posterioridad a esta recomendación del Comité el Estado de Tabasco ha modificado la normativa relativa a la gestación por sustitución permitiéndose la realización del contrato de gestación subrogada únicamente a ciudadanos mejicanos, además, el proceso será vigilado por la Secretaría de Salud de Tabasco y se realizará sin intervención de intermediarios directamente entre el padre o padres de intención y la gestante. Para su consulta *vid.*, *Código Civil para el Estado de Tabasco*, artículos 380 bis y sigs. <<http://cgaj.tabasco.gob.mx/leyes/estatales/leyes>> (Acceso: 12 de junio de 2016).

<sup>91</sup> Para su consulta *vid.*, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fISR%2fCO%2f2-4&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fISR%2fCO%2f2-4&Lang=en)> Versión en castellano, 10, (Acceso: 12 de junio de 2016).

<sup>92</sup> Para su consulta *vid.*, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fOPSC%2fISR%2fCO%2f1&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fOPSC%2fISR%2fCO%2f1&Lang=en)> Versión en castellano, 6, (Acceso: 12 de junio de 2016).

<sup>93</sup> Para su consulta *vid.*, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fNLD%2fCO%2f3&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fNLD%2fCO%2f3&Lang=en)> Versión en castellano, 9, (Acceso: 12 de junio de 2016).

<sup>94</sup> Para su consulta *vid.*, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fCHE%2fCO%2f2-4&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fCHE%2fCO%2f2-4&Lang=en)> Versión en castellano, 10, (Acceso 13 de junio de 2016).

<sup>95</sup> Esta reclamación se realizará en aplicación de las normas generales de reclamación de la filiación paterna, a saber, artículos 131 y sigs. del Código Civil y 764 y sigs. Ley de Enjuiciamiento Civil, al amparo del artículo 39.2 de la Constitución Española que posibilita la investigación de la paternidad.

<sup>96</sup> Así se deriva de la respuesta que ofrece el Estado Italiano a la Conferencia de La Haya, *Vid.*, Respuesta de Italia a la pregunta 27 del cuestionario: Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of children including issues arising from international surrogacy arrangements, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. núm. 3, April 2013, obtenido en: <<https://assets.hoch.net/upload/wop/gap2014pd3be.pdf>> (Acceso: 22 de junio de 2016).

<sup>97</sup> *Vid.*, son estimatorias: STSJ Madrid 7 de julio de 2014 (AS 2014, 2274); STSJ Madrid de 23 de diciembre 2014 (AS 2015, 406); STSJ Madrid de 18 de octubre de 2012 (AS 2012, 2503); STSJ Madrid de 13 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 291496); STSJ Madrid de 18 de octubre de 2012 (as7201272503); STSJ Andalucía 4 de febrero de 2015 (Id. Cendoj: 41091340012015100250); STSJ Cataluña 23 de noviembre de 2012 (AS 2013, 845); STSJ Cataluña 19 de julio de 2016 (Id. Cendoj: 08019340012016104752); STSJ Cataluña 15 de abril de 2016 (Id. Cendoj: 08019340012016102123); STSJ Cataluña 11 de febrero de 2016 (Id. Cendoj: 08019340012016101723); STSJ Cataluña 1 de julio de 2015 (Id. Cendoj: 08019340012015104399); STSJ Cataluña 9 de marzo de 2015 (Id. Cendoj: 08019340012015101103); son desestimatorias sentencias como: STSJ País Vasco 13 de mayo de 2014 (AS 2014, 1228); STSJ Madrid 5 de octubre de 2015 (Id. Cendoj: 28079340062015100672); STSJ Andalucía 4 de febrero de 2015 (Id. Cendoj: 41091340012015100250); STSJ Madrid 7 de julio de 2014 (Id. Cendoj: 28079340052014100637).

<sup>98</sup> Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación «in vitro» y la Inseminación Artificial Humanas, (Presidente: PALACIOS, M.), Madrid, 6 de marzo de 1986, 211. Informe previo a la publicación de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida de 1988.

<sup>99</sup> *Ibid.*, 187.

<sup>100</sup> Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of children including issues arising from international surrogacy arrangements, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. núm. 3, April

2013, 10, para su consulta *vid.*, <<https://www.hchc.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>> (Acceso: 2 de junio de 2016).

<sup>101</sup> Respuesta de España: Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of children including issues arising from international surrogacy arrangements, PERMANENT BUREAU HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Prel. Doc. núm. 3, April 2013, 14, para su consulta *vid.*, <<https://assets.hchc.net/upload/wop/gap2014pd3es.pdf>> (Acceso: 2 de junio de 2016).

<sup>102</sup> Nuestro Estado reconoce frente a la Conferencia de la Haya que el bien jurídico protegido por los artículos 220 a 222 del CP es el mismo que para el caso en que se tipificara la gestación por sustitución; sin embargo entendemos que lo que se protege con estos artículos es el estado civil de las personas, mientras que un eventual delito de gestación subrogada protegería el principio de desobediencia por tratarse de una conducta prohibida por el artículo 10 LTRHA.

<sup>103</sup> A través del juicio de parentalidad los padres de intención interponen ante los Tribunales americanos una demanda de filiación normalmente antes de que se produzca el nacimiento, la sentencia que resuelve el juicio de parentalidad determina que los padres de intención son los padres legales y que deben asumir todas las responsabilidades sobre el nacido inmediatamente después de que se produzca el nacimiento eximiendo de responsabilidad a la madre gestante y su marido, en el caso de que lo tuviere. En California se aplican las secciones 7610, 7620 (a) y (b), 7630 (a) y (f), 7633, 7960 y 7962 (f) del Código de Familia del Estado de California y la competencia la ostenta el Tribunal Superior de Justicia de California, tal y como nos informó por correo electrónico el Cónsul MUÑIZ LOVELACE, D., «Solicitud de colaboración del Consulado para tesis doctoral en España», <[cog.sanfrancisco@maec.es](mailto:cog.sanfrancisco@maec.es)>, Correo electrónico personal, 11 de febrero de 2016.

<sup>104</sup> BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010, para su consulta *vid.*, <<https://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>> (Acceso: 4 de abril de 2014).

<sup>105</sup> Sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero (*RJ* 2014, 833).

<sup>106</sup> Para su consulta *vid.*: BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010, para su consulta *vid.*, <<https://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>> (Acceso: 4 de abril de 2014).

*(Trabajo recibido el 12-2-2018 y aceptado  
para su publicación el 9-3-2018)*



# Tendencias presentes y futuras de ciudades y comunidades sostenibles y viviendas colaborativas a través de plataformas digitales\*

## *Present and future trends of sustainable cities and collaborative housing through digital platforms*

por

ANA LAMBEA RUEDA

*Profesora Contratada Doctora. Acreditada a T.U.*

*Departamento de Derecho civil. Universidad Complutense de Madrid*

*RESUMEN:* El desarrollo sostenible del sector inmobiliario busca el bienestar de sus habitantes. Los objetivos de Naciones Unidas persiguen una toma de consciencia con relación a la habitabilidad, justicia social y medio ambiente. Desde el punto de vista de la sostenibilidad, la edificación sostenible debe cumplir con los objetivos exigidos de mejora de las condiciones materiales, colaborar con la inclusión social y la justicia, cumplir con una construcción segura, que permita la supervivencia y respete el medio físico. La sostenibilidad también requiere una rehabilitación que busque la eficiencia energética,

---

\* Este trabajo se desarrolla en el ámbito del Proyecto I+D del Ministerio de Economía y Competitividad, Certifica RSE —DER 2015-65374-R—: «Efectos jurídico-financieros y control del impacto social para el desarrollo sostenible: el papel de las certificaciones y las inversiones en la contratación pública». IP. M.<sup>a</sup> Amparo GRAU RUIZ.

para lograr los objetivos de eficiencia energética para 2020 y 2030 en la UE. En desarrollo de las Directivas europeas sobre eficiencia energética, la última norma en la materia es la nueva Ley del suelo 7/2015, que acoge los criterios para su desarrollo.

La economía colaborativa a través de plataformas on-line ha surgido en los últimos años en respuesta a nuevas necesidades no cubiertas por el sistema económico y social, entre otros, en el ámbito inmobiliario. En origen nace dentro del marco de la sostenibilidad social, económica y ambiental. Hay una gran variedad de supuestos de economía colaborativa en el sector inmobiliario. Los supuestos de viviendas colaborativas ofrecen ventajas incuestionables: se incrementa el número de usuarios, se da preferencia al uso sobre la propiedad, hay beneficios medioambientales, económicos y sociales.

Sin embargo, también presentan inconvenientes por el gran impacto de las viviendas colaborativas sobre el derecho a la vivienda, las dificultades de denominación y de regulación, así como los problemas referidos a la estructura urbanística y social de las ciudades, en particular respecto de los sujetos particulares que conviven con la nueva situación. La actividad inmobiliaria mediante plataformas digitales es una nueva realidad social y precisa respuestas jurídicas. La elaboración de un estatuto jurídico supondría el amparo de su utilización. Tal estatuto podría clarificar estructuras más estables: sujetos implicados y capacidad, objeto, contenido —derechos y obligaciones—, y responsabilidades; evitando incertidumbre y fragmentación. Es importante reflexionar sobre ello, especialmente por su gran repercusión en uno de los sectores con mayor peso en España, en términos de Producto Interior Bruto y de empleo, como es el turístico.

*ABSTRACT: The sustainable development of the real estate sector seeks the welfare of its inhabitants. The objectives of the United Nations pursue an awareness of habitability, social justice and the environment. From the point of view of sustainability, sustainable building must comply with the required objectives of improving material conditions, collaborate with social inclusion and justice, comply with a safe construction that allows for survival and respects the physical environment. Sustainability also requires a rehabilitation that seeks energy efficiency, to achieve the energy efficiency objectives for 2020 and 2030 in the EU. In development of the European Directives on energy efficiency, the latest rule in accompanying us on the matter is the new Land Law 7/2015, which welcomes the criteria for its development.*

*The collaborative economy through online platforms has emerged in recent years in response to new needs not covered by the economic and social system. In origin, it is born within the framework of social, economic and environmental sustainability. There is a wide variety of collaborative economy assumptions in the real estate sector. The assumptions of collaborative housing offer un-*

*questionable advantages: the number of users increases, preference is given to use over the property, there are environmental, economic and social benefits.*

*However, they also have drawbacks due to the great impact of collaborative housing on the right to housing, the difficulties of naming and regulation, as well as the problems related to the urban and social structure of cities, in particular regarding the subjects individuals who coexist with the new situation. The real estate activity through digital platforms is a new social reality and requires legal answers. The elaboration of a legal statute would suppose the protection of its use. Such a statute could clarify more stable structures: subjects involved and capacity, object, content —rights and obligations—, and responsibilities; avoiding uncertainty and fragmentation. It is important to reflect on this, especially because of its great repercussion in one of the sectors with greater weight in Spain, in terms of Gross Domestic Product and employment, such as tourism.*

**PALABRAS CLAVE:** Sostenibilidad. Edificación. Rehabilitación. Vivienda. Alojamiento. Economía colaborativa. Vivienda colaborativa. Cesión de uso. Arrendamiento. Habitación.

**KEY WORDS:** *Sustainability. Building. Rehabilitation. Housing. Collaborative economy. Collaborative housing. Assignment of use. Leasing. Room.*

**SUMARIO:** I. CIUDADES Y COMUNIDADES SOSTENIBLES: 1. PUNTO DE PARTIDA. 2. SOSTENIBILIDAD EN EL ÁMBITO DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: CIUDADES Y COMUNIDADES SOSTENIBLES. 3. PLANTEAMIENTO SOBRE EDIFICACIÓN SOSTENIBLE EN LA UNIÓN EUROPEA. 4. SECTOR INMOBILIARIO: ¿HACIA UNA VIVIENDA HUMANAMENTE SOSTENIBLE DESDE UN PUNTO DE VISTA ECONÓMICO, MEDIOAMBIENTAL Y SOCIAL?—II. DESARROLLO DE LA EDIFICACIÓN SOSTENIBLE DESDE EL PUNTO DE VISTA MEDIOAMBIENTAL Y ECONÓMICO: 1. EFICIENCIA ENERGÉTICA DE LOS EDIFICIOS. 2. DESARROLLO NORMATIVO. 3. LEY 7/2015 DEL SUELO VERSUS LEY 8/2013 DE RRR.—III. DESARROLLO DE LA EDIFICACIÓN SOSTENIBLE DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIAL: NUEVAS OPORTUNIDADES DE CONSUMO A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES: 1. ECONOMÍA COLABORATIVA Y REGULACIÓN. 2. MARCO NORMATIVO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE ECONOMÍA COLABORATIVA. 3. SUJETOS Y OBJETO EN EL ÁMBITO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA. 4. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA. 5. VIVIENDAS COLABORATIVAS.—IV. VIVIENDAS COLABORATIVAS DE ALOJAMIENTO TEMPORAL MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES: 1. DIFICULTADES Y DISPERSIÓN NORMATIVA. 2. COMPLEJIDAD DEL SUPUESTO. 3. PARTICIPACIÓN DE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN, EN PARTICULAR LAS PLATAFORMAS DIGITALES COMO PROVEEDORES DE SERVICIOS, Y RELACIONES JURÍDICAS ENTRE ELLOS. 4. ÉSTA-

TUTO JURÍDICO O CLARIFICACIÓN DE NORMAS. 5. HOMOGENEIZACIÓN Y APLICACIÓN DE NORMAS.— V. EFICIENCIA ENERGÉTICA, VIVIENDAS COLABORATIVAS Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.— CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA.

## I. CIUDADES Y COMUNIDADES SOSTENIBLES

### 1. PUNTO DE PARTIDA

El desarrollo sostenible<sup>1</sup> requiere tener en cuenta las necesidades humanas, y es una oportunidad de desarrollo económico, social y medioambiental.

El punto de partida del desarrollo sostenible aplicado al sector inmobiliario debe buscar, no la propiedad privada, sino el bienestar de sus habitantes; se trataría de cumplir con los objetivos de consciencia en la habitabilidad, justicia social y sostenibilidad ambiental. Es importante impulsar la actividad inmobiliaria desde una visión global del ser humano y sus necesidades; superando una construcción deshumanizada, sobre la base del control y dominio de la naturaleza, y en una carrera sin freno impulsada por los números.

Nos encontramos inmersos en una realidad económica cuyo nivel de desarrollo y riqueza era imposible de imaginar en décadas anteriores. Pese a ese incremento del volumen de riqueza, se mantiene, incluso se incrementa la pobreza y los problemas de vivienda; con una crisis de confianza respecto del sistema en general; y además, somos conscientes, la convivencia del ser humano puede ser incompatible con la sostenibilidad de nuestro planeta.

Por ello, el desarrollo de este artículo se centrará en las tendencias presentes y futuras de sostenibilidad económico-medioambiental y social: en el proceso de mejora en la edificación mediante la rehabilitación, y en el desarrollo y uso de lo ya edificado mediante la vivienda colaborativa a través de plataformas digitales.

Se aportará un análisis estático del momento actual, así como reflexiones, desde un tipo de vista dinámico, de *lege ferenda*, sobre cuál debería ser el desarrollo desde el punto de vista de la sostenibilidad de la vivienda. Por un lado, la intervención en rehabilitación de la vivienda conforme a las directrices de la Unión Europea. Por otro, en el ámbito de la economía colaborativa, el estudio de la vivienda colaborativa, en particular las plataformas digitales de alojamiento, y más concretamente la cesión temporal de vivienda completa o habitación.

### 2. SOSTENIBILIDAD EN EL ÁMBITO DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: CIUDADES Y COMUNIDADES SOSTENIBLES

Tras el fracaso inicial de la primera cumbre sobre desarrollo sostenible, Naciones Unidas aprobó en 2012 los objetivos para paliar la injusticia social, la

pobreza, las desigualdades y las catástrofes medioambientales; objetivos que se vieron reforzados con el acuerdo de París sobre el clima de 2015, con previsión de aplicabilidad para 2020<sup>2</sup>. En lo que se refiere a la aplicación de dichos objetivos al sector inmobiliario, el 11 es el destinado especialmente a las ciudades y comunidades sostenibles<sup>3</sup>, aunque todos los demás objetivos tienen conexiones con el sector inmobiliario<sup>4</sup>.

Desde el punto de vista de la sostenibilidad global: energía, alimentación, salud, educación..., es necesario un cambio de rumbo de la actividad inmobiliaria, con una visión a largo plazo de la construcción, mantenimiento y uso de la vivienda. Los objetivos exigidos para lograr ciudades y comunidades sostenibles son: 1. Mejora de las condiciones materiales que inciden en la disminución de la pobreza, y la elevación de las condiciones y duración de la vida de los sujetos que viven en ella: condiciones técnicas de la edificación; 2. Colaborar con la inclusión social y la justicia: acceso a la vivienda de los colectivos desfavorecidos, condiciones de accesibilidad de la edificación para personas dependientes; 3. Cumplir con una construcción segura, que permita la supervivencia, una construcción que respete el medio físico: protección frente al cambio climático y el incremento de la temperatura, y protección de la biosfera y resto de especies mundiales afectadas por el crecimiento sin freno de la especie humana.

### 3. PLANTEAMIENTO SOBRE EDIFICACIÓN SOSTENIBLE EN LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea acogió favorablemente cambios en materia energética a principios de la década 2010-2020. Inicialmente, la Hoja de Ruta de la Energía para 2050 —Comunicación de la Comisión Europea de 15 de diciembre de 2011— con efectos en materia de edificación —edificios de consumo de energía casi nulo—; a continuación, la Comunicación de la Eficiencia Energética de julio de 2014, que continua en esa línea, con la meta de ahorro energético del 18% o 19% en 2020, persiguiendo la disminución de costes, la reducción de la dependencia de proveedores externos de petróleo y gas, como fórmula de protección del medio ambiente. Por otra parte, el comunicado de prensa de la Comisión Europea de 25 de septiembre de 2015, hizo alusión a la recepción de la Agenda de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas para 2013 con los 17 nuevos ODS y las 169 metas conexas.

España figura en el *furgón de cola* de la Unión Europea en el índice del «*esfuerzo compartido de regulación*» ante el cambio climático<sup>5</sup>; y fue uno de los últimos países, el número 125, en ratificar el Acuerdo de París. A futuro, parece que en España debemos pasar de «*la enfermedad del ecosistema al dinamismo para resolver la crisis política y ecológica del Mediterráneo*»<sup>6</sup>.



4. SECTOR INMOBILIARIO: ¿HACIA UNA VIVIENDA HUMANAMENTE SOSTENIBLE DESDE UN PUNTO DE VISTA ECONÓMICO, MEDIOAMBIENTAL Y SOCIAL?

Hay necesidades de sostenibilidad<sup>7</sup>: medioambiental, económica y social en el ámbito inmobiliario. La vivienda es un bien esencial para el ser humano, y debemos formular un nuevo concepto de vivienda, desde una visión más amplia, desde la sostenibilidad humana<sup>8</sup>: «*Lugar cerrado y cubierto para ser habitado por personas, seres humanos, que se mantiene largo tiempo sin agotar los recursos o causar daño al medio ambiente*»; atendiendo no solo a los aspectos técnicos y materiales, sino también a los aspectos personales del ser humano que la habita: necesidades, salud física y mental. También así llegaríamos a la sostenibilidad humana de la ciudad, con ciudades pensadas por y para las personas que habitan en ellas.

La finalidad es lograr una visión integral, holística de la vivienda: lugar físico habitado por el ser humano, hogar, satisfaciendo todas las necesidades de la persona: abrigo, cobijo, bienestar, salubridad, que se integre en el medio natural; Así pues, ¿Queremos seguir manteniendo sociedades de incluidos y excluidos, o desarrollar la inclusión? La vivienda es un bien esencial del ser humano<sup>9</sup> y debería ser accesible a todos, ya que es una de las llaves que permite la inclusión social de las personas.

En el desarrollo del sector inmobiliario deben llegar al encuentro la necesidad del que la utiliza y los intereses de quien la promueve y construye. La profunda crisis del sector inmobiliario<sup>10</sup> nos obliga a replantearnos los objetivos. Hay fórmulas que pueden contribuir claramente a la sostenibilidad humana en materia de vivienda, permitiendo el acceso al uso a sujetos que no pueden acceder a su propiedad; son opciones alternativas reales y más flexibles. Si una parte de la demanda de vivienda necesita no solo propiedad, sino también el uso, la oferta necesariamente debe adaptarse a ellas mediante posibilidades de vivienda colaborativa, cesión de uso de alojamientos... Ello puede obligar a replantearse, desde la óptica del jurista, premisas básicas sobre la propiedad y el uso para lograr un relanzamiento real, social y sostenible del sector inmobiliario.

Nuestra Constitución promueve el derecho a la vivienda de todos los ciudadanos, pero, habría que cuestionarse, con una visión a largo plazo, si la necesidad e interés del que utiliza la vivienda es realmente respetado y promovido, y, a futuro, en qué dirección debe desarrollarse. En el juego de intereses que se barajan, ¿cuál es el elegido y por qué? Hay que referirse a ello porque observamos que, en ocasiones, el interés más necesitado de protección, del que habita, el ciudadano, finalmente queda desprotegido. Se abren interrogantes sobre construcción y rehabilitación: ¿edificios de tantas alturas?, ¿sin apenas zonas verdes?, ¿grandes distancias de los lugares de trabajo, colegios, ocio?, ¿las ciudades grandes son realmente necesarias?; y sobre uso de la vivienda también: ¿viviendas vacías y personas sin vivienda?, ¿qué es más sostenible: ¿el

acceso a la propiedad y su disfrute solo por unos pocos? o bien ¿el acceso a la propiedad y/o al disfrute para más sujetos? Si las nuevas opciones satisfacen las necesidades de más personas deberían impulsarse fórmulas para lograrlo.

## II. DESARROLLO DE LA EDIFICACIÓN SOSTENIBLE DESDE EL PUNTO DE VISTA MEDIOAMBIENTAL Y ECONÓMICO

Las normas comunitarias y nacionales centran la actividad inmobiliaria presente y futura en la exigencia de la eficiencia energética en aras de los objetivos de sostenibilidad expuestos, que persiguen no tanto la expansión de las ciudades, sino la rehabilitación como vía de desarrollo del sector inmobiliario, satisfaciendo el interés común y del propietario de conservar los inmuebles en buenas condiciones.

La rehabilitación se presenta como método para lograr los objetivos de eficiencia energética para 2020 y 2030 en la UE. Inicialmente<sup>11</sup>, se fijó un objetivo del 20% de ahorro de energía para el año 2020; posteriormente, en la cumbre del Consejo Europeo de la UE de 23 y 24 octubre de 2014<sup>12</sup>, los países de la UE acordaron un nuevo objetivo de eficiencia energética del 27% o más en el año 2030; y el objetivo para 2050 es lograr el 80-95% de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero respecto a los niveles de 1990. La Hoja de Ruta de la Energía para 2050 muestra el camino para alcanzar esa meta<sup>13</sup>.

Entre las políticas propuestas en la UE<sup>14</sup> para mejorar la eficiencia energética: ...una de ellas es la rehabilitación para lograr edificios sostenibles<sup>15</sup>... contemplada en las Directivas adoptadas para el fomento de la eficiencia energética, que ya ha producido beneficios sustanciales a los europeos<sup>16</sup>, y se esperan mayores beneficios<sup>17</sup> en el futuro.

### 1. EFICIENCIA ENERGÉTICA DE LOS EDIFICIOS

La legislación de la UE que incide en la reducción del consumo energético de los edificios se concreta en dos Directivas:

#### *Directiva 2010/31 sobre eficiencia energética de los edificios*

Promueve la eficiencia energética de los edificios sobre la base de una metodología adaptada a cada caso<sup>18</sup>, dejando en manos de los Estados miembro la responsabilidad exclusiva<sup>19</sup> para establecer los requisitos mínimos de eficiencia energética y sus revisiones periódicas. Se prevé la creación de instrumentos<sup>20</sup> de todo tipo para fomentar las medidas relativas a la eficiencia energética, en

particular el certificado de eficiencia energética<sup>21</sup> de obligado cumplimiento en las transmisiones de propiedad y las cesiones de uso (con inspección periódica y régimen de sanciones<sup>22</sup>). Todos los edificios nuevos deben ser edificios de consumo de energía casi nulo<sup>23</sup> el 31 de diciembre 2020 —edificios públicos el 31 de diciembre 2018—. Los países de la UE deben establecer requisitos mínimos<sup>24</sup> de eficiencia energética para los edificios nuevos, y para la renovación de edificios y sustitución o modernización de los elementos de construcción de los edificios construidos (sistemas de calefacción y refrigeración, techos, paredes...).

### *Directiva 2012/27 sobre eficiencia energética*

Es una norma más general; e intenta, en el ámbito de la actividad inmobiliaria<sup>25</sup>, orientar la renovación para mejorar el rendimiento energético, fijando índices anuales de renovación, con planes de eficiencia energética sostenibles e integrados, con objetivos claros, que impliquen a los ciudadanos, y con un plan de acción sobre las adquisiciones futuras de inmovilizado por parte de las Administraciones públicas.

En el ámbito de la edificación se presentan, como medidas de desarrollo, las renovaciones de eficiencia energética de al menos el 3% de la superficie total de los edificios de propiedad y ocupadas por las Administraciones públicas al año; y el compromiso de los Estados miembro de garantizar que las Administraciones públicas adquieran a futuro solo productos, servicios y edificaciones que tengan un alto rendimiento energético<sup>26</sup>; así como la elaboración de estrategias de rehabilitación de edificios<sup>27</sup>.

## 2. DESARROLLO NORMATIVO

El marco normativo estatal se ha enriquecido necesariamente en los últimos años, por imperativo de las Directivas comunitarias citadas que imponen la inversión en rehabilitación. La norma más reciente es el TR de la nueva Ley del suelo de 2015 —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, que unifica la materia de la Ley del suelo de 2008— sobre el que nos detendremos en particular. También deben citarse: el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación; la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración

y renovación urbana, 2013-2016; así como el futuro Plan 2018-2021; el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios —en 2014 en la CA de Madrid se crea el Registro de Certificados de Eficiencia Energética—; 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; y la ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal sucesivamente modificada.

Además, se han ido ofreciendo sucesivamente diversas ayudas para la rehabilitación: la normativa PAREER (Programa de Ayudas para la Rehabilitación Energética de Edificios existentes del sector Residencial —uso vivienda y hotelero—); los Fondos JESSICA-IDAE (desarrollo urbano sostenible), el Plan PIMA SOL (sector hotelero), y el Plan CLIMA (sostenibilidad por el clima). También en materia fiscal<sup>28</sup> ha habido diversas ayudas: deducción fiscal por obras de rehabilitación<sup>29</sup>; deducción fiscal por adecuación de vivienda por razones de discapacidad; e IVA reducido en obras de rehabilitación<sup>30</sup>.

Pese a los buenos propósitos de las citadas normas, todavía faltan por desarrollar algunos aspectos interesantes, ya requeridos en 2015 antes de la entrada en vigor de la nueva Ley del suelo: por un lado *unificar el concepto de rehabilitación* —la Ley 7/2015 introduce una nueva aproximación al concepto en el artículo 2, sobre definiciones, que no incorporaba la Ley 8/2013<sup>31</sup>—, *lograr la igualdad en el desarrollo autonómico efectivo de la rehabilitación*, promover el desarrollo unificado e integrado estatal mediante el Informe de Evaluación de edificios, analizar e incorporar a las normas jurídicas los posibles *efectos sobre la propiedad del endeudamiento generado por la rehabilitación*, plantear la posible *obligatoriedad de inscripción del certificado de eficiencia energética en el Registro de la Propiedad* —no solo en caso de venta o arrendamiento— *por ejemplo, con la exigencia de la acreditación de la certificación para cualquier trámite ante la administración*, fomentar la rehabilitación a través de: *reducciones tributarias y de fiscalidad* (IVA, IRPF, IBI, Impuestos Municipales, IS), establecer *subvenciones iniciales* a la propiedad en la puesta en marcha, impulsar el desarrollo de fondos de liquidez, de fondos de garantía y líneas de crédito; perseguir la adopción de modelos de rehabilitación de otros países (Inglaterra, Alemania) mediante *préstamos iniciales a bajo interés y recuperación posterior a través del ahorro energético*.

### 3. LEY 7/2015 DEL SUELO VERSUS LEY 8/2013 DE RRR

La nueva Ley del suelo 7/2015 recoge en su articulado el contenido de la Ley 8/2013<sup>32</sup>, inmerso entre el resto de artículos relativos al suelo y su orde-

nación. No obstante, aunque incorpora casi literal muchos de los párrafos de la Ley 8/2014, reduce su contenido. El legislador ha optado por no derogar en su totalidad la Ley 8/2013, con una fórmula bastante criticable —disposición derogatoria única b) de la Ley 7/2015— ya que solo deja vigentes las disposiciones adicionales de esta de modificación de otras normas, mientras que el resto de la Ley queda sin contenido. Olvida el legislador que *por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que esta hubiere derogado*, ni tampoco dejan de estar vigentes las modificaciones por ella incorporadas a otra norma —parecería mejor incluir una referencia en tal sentido en la Ley 7/2015, que dejar vigente una norma como la Ley 8/2013, ya sin contenido propio—.

La Ley 7/2015 abandona el triple título de la Ley 8/2013, aunque incorpora los tres tipos de actuación: rehabilitación, y de forma conjunta regeneración y renovación —artículo 2.1—. Su título I —con relación a las actuaciones de rehabilitación y la remisión a la LOE en el artículo 7— es más escueto que el de la Ley 8/2013.

La norma vigente también se refiere, de forma más resumida a la iniciativa y participación pública en las actuaciones<sup>33</sup> —artículos 8, 9, 10—; sin aludir a ellos como sujetos obligados —como sí hacía la Ley 8/2013, art. 8—.

Es especialmente interesante el estatuto básico del ciudadano, de los artículo 5 y 6<sup>34</sup>, con un elenco de derechos y deberes. De importancia capital es el artículo 5 a), incorporando el derecho a disfrutar de una vivienda digna, libre de inmisiones de cualquier tipo, en unas condiciones ambientales y de «paisaje» adecuadas, así como el 6 sobre el uso adecuado y los deberes de respeto medioambiental. El 5, a y b, es condición básica al amparo de las competencias del legislador general, y en virtud de la competencia del 149.1.8º y 18º se dictan el 5 c, d y e; y del 149.1.6º el 5 f.

Como no podía ser de otra forma, la Ley del suelo 7/2015 también incorpora el estatuto básico del suelo —artículos 11 a 17<sup>35</sup>: facultades, deberes y cargas—.

A continuación, el título II de la Ley 7/2015 se destina a las bases del régimen del suelo; mientras el título III de dicha Ley se ocupa del informe de evaluación de los edificios, iniciándose con el artículo 29 —idéntico al artículo 4 de la Ley 8/2013—, identidad que también se plasma con relación a la capacitación para suscribir el informe en el artículo 30 —idéntico al artículo 6 de la ley 8/2013—. El 29.9 anuncia el acceso de dicha información a un Registro integrado único, en el organismo que determine cada comunidad autónoma. Con contenido genérico, incluido el contenido específico de rehabilitación, se presenta el título IV de cooperación y coordinación interadministrativa —convenios entre administraciones, y de estas con los sujetos del artículo 9.4, a los que se permite rehabilitar—, el V: valoraciones, VI: expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial, VII: función social de la propiedad y gestión del suelo, VIII: régimen jurídico.

De especial interés es el traslado del contenido del artículo 5 de la Ley 8/2013 sobre el censo de construcciones en rehabilitación a la Disposición adicional primera de la Ley 7/2015 sobre el sistema de información urbana; así como las infracciones y sanciones de las disposiciones adicionales tercera y cuarta de la Ley 8/2013 que pasan a la disposición adicional duodécima y decimotercera de la Ley 7/2015.

La disposición transitoria segunda se ocupa del calendario para la realización del informe de Evaluación de los Edificios (al igual que la Ley 8/2013, y con el mismo contenido) —e incorpora una regla 1 d) de remisión a normativa municipal y autonómica de dudoso valor. En mi opinión, se abre la puerta a la variedad según cada comunidad autónoma sobre el cumplimiento de una norma comunitaria como es la adaptación mediante el informe de evaluación de edificios. La disposición final primera indica que, mediante orden ministerial, se determinarán las cualificaciones requeridas para los informes de evaluación de edificios y sus medios de acreditación. Resulta muy cuestionable el lugar elegido para el calendario —disposición transitoria— de una materia que tiene título propio —el III—. También es cuestionable que el calendario deje a expensas de normativas autonómicas o municipales la exigibilidad de informe, más aún cuando los títulos competenciales del informe que sirven de fundamento a la Ley permiten que el Estado regule las condiciones básicas sobre la materia, en aras de la igualdad de derechos y deberes. En mi opinión, el calendario de actuaciones debería venir marcado en todos los casos desde la norma estatal. No parece lógico que en algunos supuestos la administración, autonómica o incluso municipal, fije su calendario, según los intereses de cada momento; más aun teniendo en cuenta que el informe determina la obligatoriedad o no de realizar obras de rehabilitación en las edificaciones. Si la norma europea es clara, y las exigencias de rehabilitación se imponen, y se prevén sanciones por no aplicarla, parece bastaría con realizar estadísticas generales del sector, aplicarlas y establecer plazos y ámbitos de actuación para todos, eso sí, contemplando los intereses de *todos* los ciudadanos afectados.

En materia de rehabilitación, parece que la proporcionalidad se observará a posteriori, en la aplicación concreta de la norma, y la generalidad no se ha respetado, en mi opinión, al atribuir la concreción de parte de la organización del calendario de actuaciones a las Comunidades Autónomas y los municipios. Surge la duda de si se está admitiendo una intromisión relevante en el contenido esencial del derecho de propiedad; y podría cuestionarse la función del legislador urbanístico cuando protege algunos intereses jurídicos sociales, en apariencia colectivos, en detrimento de otros, mayoritarios; para acabar perjudicando a la generalidad de ciudadanos en beneficio de unos pocos.

Por ello, es importante reclamar una modificación de la Ley 7/2015 en las materias advertidas: Unificar el concepto de rehabilitación —aunque la Ley 7/2015 introduce una nueva aproximación al concepto en el artículo 2, sobre

definiciones, que no incorporaba la Ley 8/2013—; Proponer la igualdad en el desarrollo autonómico efectivo de la rehabilitación: promover el desarrollo unificado e integrado estatal mediante el Informe de Evaluación de edificios; Analizar e incorporar a las normas jurídicas civiles y fiscales los posibles efectos sobre la propiedad del endeudamiento generado por la rehabilitación. ¿Quién asume el coste de rehabilitar?; Revisar los efectos del certificado de eficiencia energética con relación al Registro de la Propiedad —no solo en caso de venta o arrendamiento—; Exigir la acreditación de la certificación de eficiencia energética para cualquier trámite ante la administración; Fomentar la rehabilitación mediante medidas fiscales en IVA, IRPF, IBI, Impuestos Municipales, IS; Formación y publicidad adecuada para dar a conocer la rehabilitación, Apoyar la rehabilitación con subvenciones iniciales a la propiedad para su estudio, y en el momento de la puesta en marcha; Impulsar la financiación mediante el desarrollo de ayudas públicas: fondos de liquidez, fondos de garantía y líneas de crédito; modelos de otros países (Inglaterra, Alemania) de rehabilitación mediante préstamos iniciales a bajo interés y recuperación posterior a través del ahorro energético; Modificar la Ley 7/2015 y la Ley de Propiedad Horizontal en los aspectos requeridos; Ayudar a resolver o paliar las dificultades derivadas de la dispersión normativa: intrincado régimen de calendarios y actuaciones urbanísticas; Fomentar y premiar la rehabilitación profesionalizada y viable; Desarrollar la rehabilitación integral, no parcial de edificios, sino más bien de barrios o municipios

### III. DESARROLLO DE LA EDIFICACIÓN SOSTENIBLE DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIAL: NUEVAS OPORTUNIDADES DE CONSUMO A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES

#### 1. ECONOMÍA COLABORATIVA Y REGULACIÓN

Antes del desarrollo aplicado al sector inmobiliario, es importante introducir brevemente la llamada «*economía colaborativa*» o «*consumo colaborativo*». La economía colaborativa surge en los últimos años en respuesta a necesidades no cubiertas por el sistema económico y social. En origen, nace dentro del marco de la sostenibilidad social, económica y ambiental. Sin embargo, recientemente se observa un desarrollo desigual. La economía colaborativa en el ámbito inmobiliario será objeto de estudio como opción que contribuye a la sostenibilidad social de la vivienda y, en particular, se analizarán las viviendas colaborativas, presentando algunos de los supuestos de mayor difusión. La posibilidad de compartir un bien inmueble contribuye a que su uso sea más completo, más eficiente, y que más personas puedan compartirlo, y ello es social y económicamente más sostenible.

La aproximación conceptual a la economía colaborativa, o el consumo colaborativo, en el ámbito de la UE se introduce en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo —junio de 2014— y en la Agenda para la economía colaborativa de la Comisión Europea —junio de 2016—: «*manera tradicional de compartir, intercambiar, prestar, alquilar y regalar redefinida a través de la tecnología moderna y las comunidades*».

La economía colaborativa abre las puertas a un tipo de mercado de particular a particular, no tanto con referencia a un precio o moneda de cambio, sino sobre la base de la utilidad de los objetos, y el posible intercambio de los mismos. Se relanza un tipo de actividad ya conocida, que no deja de ser una nueva fórmula de trueque —vivienda a cambio de vivienda, vivienda a cambio de trabajo...—.

Evidentemente, el futuro de la misma precisa una regulación *ad hoc*, o la introducción de ciertos matices en la ya existente. Regulación que no sea excesiva; no se trata de hiper-regular, ni tampoco de prohibir. La regulación no debería suponer la equiparación con el sistema de mercado que la economía colaborativa quiere evitar; y, por otro lado, debe advertirse que algunas normas, entre otras la regulación fiscal, pueden incentivar o estancar su desarrollo en función de lo que abarquen.

La economía colaborativa surge como alternativa, por la necesidad que las opciones que existían no llegaban a satisfacer. Así, en el ámbito inmobiliario, la necesidad de vivienda —permanente o temporal es una cuestión de permanente actualidad. Sin embargo, la evolución hacia un sistema de plataformas on-line dedicadas a la intermediación y el intercambio nos coloca en una situación paralela a la que trata de evitarse —competencia desleal, problemas de publicidad, de responsabilidad—, a la que se añaden problemas nuevos que no habían sido contemplados en inicio —habitabilidad y seguridad, sociales del entorno—. La economía colaborativa surge desde la sostenibilidad, pero debe evitar a su vez convertirse en insostenible para su entorno —usuarios y resto de opciones de mercado—. Es importante promover un desarrollo sin desproteger los usuarios e intereses públicos en estos nuevos tipos de negocio de vivienda, así como contemplar la situación de los oferentes tradicionales de los bienes —vivienda— y servicios, y el resto de sujetos en que dicha actividad repercute —vecinos—.

El Comité Económico y Social Europeo<sup>36</sup> presenta una clasificación de los modos alternativos de economías colaborativa a través de plataformas digitales<sup>37</sup>: En función de la actividad: Trueque, alquiler, compras en grupo, de proximidad o de productos de segunda mano; En función de los sujetos implicados: de consumidor a consumidor, de consumidor a consumidor a través de negocio, de negocio a consumidor, y de negocio a negocio; Y en función del ámbito: movilidad, energía, habitabilidad, negocio, trabajo, comunicaciones, cultura, educación, tiempo y habilidades, ocio, finanzas, turismo.



## 2. MARCO NORMATIVO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE ECONOMÍA COLABORATIVA

La Unión Europea ha emitido varios documentos con orientaciones con relación a la economía colaborativa en general, incluido el ámbito inmobiliario.

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre *Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XX*<sup>38</sup> de 2014 insta a la Comisión Europea a trabajar en varias fases: compilación de derechos y deberes, desarrollo de estudios, creación de base de datos e intercambio de experiencias y por último armonización de legislaciones; e introduce una aproximación conceptual al llamado *consumo colaborativo*: «la manera tradicional de compartir, intercambiar, prestar, alquilar y regalar redefinida a través de la tecnología moderna y las comunidades».

Además, el Comité Económico y Social Europeo realiza varias propuestas: iniciativas y estrategias de acción; definición del entorno, difusión y concienciación, información y orientación a consumidores, promoción del consumo colaborativo, fomento de estructuras estables, participación e instituciones europeas en iniciativas, participación de la sociedad civil y estrategia de acción en los campos: educativo, asociativo de consumo, cooperativismo y de ciudadanía.

En junio de 2016, la Comisión Europea publicó la *Comunicación «Una Agenda Europea para la economía colaborativa»*<sup>39</sup>, incorporando orientaciones para ayudar a los Estados miembros a garantizar el desarrollo equilibrado de la economía colaborativa<sup>40</sup>. La comunicación ha sido criticada<sup>41</sup>, por su enfoque orientado al mercado y hacia la regulación como forma de mejorar el rendimiento del mismo.

La Comunicación introduce algunas cuestiones jurídicas relevantes, en particular las que se presentan a continuación:

— Se tratan los requisitos de acceso a la actividad, así como las prohibiciones y autorizaciones. De tal forma, se persigue evitar las prohibiciones absolutas de la actividad económica mediante este régimen —medida de último recurso— y permitir la actividad de la economía colaborativa con requisitos —por ejemplo, en el arrendamiento de apartamentos se podría distinguir en función de un límite de días al año, lo ocasional de lo profesional; y la Recomendación persigue permitir la actividad limitando un máximo de días al año, y exigir que las residencias primarias solo sean susceptibles de alquiler ocasional—; así se trataría de exigir autorizaciones o licencias conforme a la Directiva de servicios 2006/123/C, en caso necesario por interés público —autorizaciones no discriminatorias, necesarias y proporcionadas y objetivas—, y no en caso de intermediación entre consumidor y servicio —por ejemplo en caso de servicios de alojamiento ocasionales, como ocurre en algunas ciudades que por un número de días mínimo permiten la ausencia de autorización previa y no exigen registro—. En el ámbito inmobiliario esta cuestión se encuentra pendiente de desarrollo, puesto que el debate abierto no ha logrado todavía un resultado satisfactorio.

— Con relación a los sujetos, se diferencia la actividad de plataformas, de la prestación del servicio entre pares. Se estima de vital importancia distinguir la intermediación sin más, de otros supuestos en que se proporciona un servicio —para ello se ofrecen algunos criterios como el precio, las condiciones contractuales, la propiedad de activos clave—. También puede influir en la distinción, la asunción de gastos, de riesgos, o la relación laboral —se distingue la relación laboral, caracterizada por el vínculo de subordinación, la naturaleza del trabajo y la remuneración, de la prestación independiente—. En particular, se indica que el proveedor de servicios fija el precio, establece condiciones contractuales sobre la prestación del servicio y posee los activos clave para proporcionar el servicio. Por otro lado, el profesional del servicio difiere del servicio ocasional, ya que la profesionalidad viene determinada por la frecuencia de actividad, el volumen de negocio y el ánimo de lucro. También se distingue profesional independiente del empleado. El empleado está sujeto a una relación laboral, es dependiente, se encuentra bajo la dirección o subordinación de la plataforma, que delimita las condiciones del trabajo y la remuneración.

— Se intenta concretar la exigencia de responsabilidad de los sujetos que intervienen en la economía colaborativa. Se aborda una cuestión de candente actualidad en algunos sectores como el transporte, y también en la vivienda. La Comisión Europea establece diferentes tipos de responsabilidad, y entiende que los prestadores del servicio responden por la información y el servicio, y las plataformas colaborativas responden por los servicios que ellas ofrecen, pero no responden en caso de intermediación *«técnica, automática, pasiva... los Estados miembros no pueden imponer a las plataformas colaborativas, en la medida en que prestan servicios de alojamiento de datos, una obligación general de supervisar y realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas»*, aunque pueden voluntariamente adoptar medidas para luchar contra los contenidos ilegales en internet; perseguir el cumplimiento de la fiscalidad —prestadores de servicios: IRPF, IS e IVA—. Recientemente, las resoluciones judiciales del TJUE<sup>42</sup> y de nuestro TS en diversos ámbitos como el transporte y la vivienda se centran en la exigencia de responsabilidad en el desarrollo de la actividad, y son favorables a considerarla como actividad de prestación de servicio.

— Especialmente importante es la consideración de la protección de los usuarios. Así, la Comisión considera que la normativa de protección de consumidores se aplica si la plataforma colaborativa es comerciante, y también si los prestadores de servicios actúan dentro de su actividad económica, pero no cuando el prestador de bienes y servicios es un consumidor. Para ello se indica la necesidad de estudiar las siguientes variables: frecuencia de los servicios —ocasional o no—, fin lucrativo y nivel de volumen de negocio. Y, en todo caso, se advierte la necesidad de cumplir con el marco jurídico aplicable en materia de tratamiento de datos personales<sup>43</sup>.

— Por otro lado, para favorecer la actividad, se propone la adopción de medidas para reducir la carga administrativa de actividades colaborativas —los regímenes fiscales diversos pueden incrementarla—; se insta al estudio del régimen fiscal aplicable a las transacciones —IRPF, IVA, IS—. Además, se indica la necesidad de prestar especial atención al Impuesto de Sociedades de las plataformas-empresas-radicadas en otros países, y como fomentar que puedan sujetarse en España —si bien con un tipo reducido o deducciones—, al Impuesto de Actividades Económicas<sup>44</sup>. Por último, la Comunicación añade instrumentos de seguimiento, como son encuestas periódicas a consumidores y empresas, seguimiento de la normativa, diálogo entre las partes en el Foro del mercado único, y resumen de resultados del seguimiento en el Cuadro de indicadores del mercado único.

### 3. SUJETOS Y OBJETO EN EL ÁMBITO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

En mi opinión, en la economía colaborativa pueden distinguirse los siguientes sujetos: 1. Intermediario digital; 2. Proveedor de servicios; 3. Prestador del servicio y 4. Cliente final.

El intermediario digital presta los medios digitales para la puesta en marcha de la actividad. El proveedor de servicios o plataforma ofrece la intermediación entre prestador y cliente. El prestador del servicio oferta una actividad o bien al cliente. El cliente final es el receptor de dicha actividad o bien. Si bien, es frecuente que la participación del sujeto ocupe más de una posición jurídica, como ocurre en el caso del intermediario que es a su vez proveedor de servicios.

Por otro lado, la variedad de objetos es muy amplia, pueden ser tanto bienes o productos, como servicios o recursos: tiempo, habilidades, conocimientos; de ámbito variado: movilidad, energía, habitabilidad, negocio, trabajo, transporte, comunicaciones, cultura, educación, tiempo y habilidades, ocio, finanzas, turismo...

### 4. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

La economía colaborativa, también llamada *consumo colaborativo* por la Comisión Europea, parte de una relación de confianza entre los usuarios, y ofrece una mayor y más detallada información sobre la calidad del servicio. En ella hay conciencia de una mayor sostenibilidad, mayor utilidad y eficiencia en la utilización de bienes. Es destacable la innovación y reducción de barreras del medio on-line utilizado, que permite lograr un incremento de los posibles demandantes de los productos. Por otra parte, ello permite una reducción de costes motivada por la reducción de los intermediarios.

Sin embargo, los medios digitales pueden suponer una concentración de la riqueza. Con una inversión relativamente pequeña se puede crear una plataforma de referencia, que acabe creando un casi monopolio digital en un ámbito concreto (Airbnb, Home Away, Uber, BlaBlaCar, eBay, Amazon, etc.). Por ello, en mi opinión, debería regularse para no incentivar la concentración de poder en unos pocos. Además, en el ámbito local, que es donde la mayoría de transacciones ocurren, podrían diseñarse políticas para favorecer las empresas de economía colaborativa responsables.

Además, la diversidad de sujetos es evidente; la economía colaborativa va más allá de las grandes corporaciones. De hecho, los trabajos de la Comisión Europea y otros documentos se olvidan de mencionar la amplia diversidad de actores de la economía colaborativa, entre los que pueden incluirse las cooperativas o las empresas de corte más social, las organizaciones sin ánimo de lucro y la infinidad de grupos informales que comparten con métodos poco sofisticados. Es importante incluir a todos para diseñar políticas públicas justas respecto de todas las iniciativas, ya que algunas no tienen tanto impacto en el crecimiento económico, pero sí ofrecen grandes resultados para la cohesión social, la reducción de desigualdades y el consumo más sostenible.

## 5. VIVIENDAS COLABORATIVAS

Con la expresión viviendas colaborativas se hace referencia a una gran variedad de supuestos de la economía colaborativa en el sector de la vivienda. La diversidad hace difícil la regulación y calificación de cada uno de ellos, por lo que, en primer lugar, es importante ordenar y estructurar los supuestos. La posibilidad de articular mecanismos de colaboración en la vivienda, como bien de primer necesidad, permite el mayor acceso de dicho bien a los ciudadanos. Desde un punto de vista de la sostenibilidad, las viviendas colaborativas contribuyen a la sostenibilidad humana de la vivienda, y por supuesto económica, medioambiental y social.

### 1. *En general*

Como viviendas colaborativas se ofrecen una gran variedad de supuestos distintos:

#### A) Viviendas en régimen de cesión de uso y servicios

En ocasiones, comunidades de sujetos compran espacios anejos que utilizan en común, bien bajo la forma de cooperativas de uso, o sin acudir a ninguna

forma legal. Así, encontramos supuestos bajo la fórmula de cooperativas integrales: actuando en varios ámbitos a la vez según las necesidades de los socios: alimentación, trabajo, vivienda, educación, incluso salud<sup>45</sup>.

Los edificios combinan pisos, espacios y servicios comunes para los usuarios, bajo un modelo de pago por uso. Este modelo rompe con el paradigma de propiedad de la vivienda, y de consumo individual y apuesta por la creación de espacios de vida (edificios, barrios, comunidades) que funcionen como economías y sociedades colaborativas, donde sus miembros puedan aportar y beneficiarse del uso conjunto de recursos, conocimientos y habilidades. Son supuestos inspirados en experiencias y proyectos parecidos en otros países europeos y latinoamericanos, incorporando características propias diferenciales. Estas opciones dejan a un lado el alquiler y propiedad de la vivienda para dar paso al uso.

Los espacios comunes adquieren una especial relevancia, y la organización de los espacios y servicios comunes pasa por racionalizar el acceso a recursos y servicios<sup>46</sup>. Con respecto a la utilización de las viviendas, cada familia o usuario paga una cuota por la vivienda que utiliza, pudiendo cambiar de piso si cambian sus necesidades, a través de una red, con una oferta flexible, lo que facilita la movilidad laboral. El ahorro económico es importante en el uso de servicios, y se pueden resolver mejor las necesidades de la vida diaria, lográndose más sociabilidad y colaboración<sup>47</sup>. En el ámbito de la tercera edad y personas dependientes hay iniciativas similares de organización de personas de cara a la jubilación y la vejez, para el apoyo y atención de manera colectiva.

Esta es una solución favorable que podría interesar a los cuatro tipos de potenciales inversores: administraciones públicas, las entidades bancarias, las fundaciones y las comunidades de propietarios.

Este supuesto es similar a otra fórmula de gran éxito, el *cohousing*<sup>48</sup>, desarrollado especialmente en el Norte de Europa y Estados Unidos. ...El *cohousing* es una forma de acceso a la vivienda alternativa a la propiedad y el alquiler convencionales, permitida en las Leyes —cooperativas—. La vivienda es propiedad de la cooperativa que cede el uso por tiempo indefinido a la persona. El socio tiene un derecho heredable y transmisible<sup>49</sup>. El *cohousing* evita la especulación y permite mantener la evolución de los precios dentro de lo razonable. El *cohousing* se desarrolla especialmente en tres sectores: senior —edad madura—, familiar —familias con niños—, de salud —personas con problemas de salud—<sup>50</sup>. Pese a que es una fórmula con grandes ventajas de acceso libre e indefinido, movilidad, menor coste, flexibilidad; también tiene inconvenientes en materia de responsabilidad por deudas derivadas del uso, duración no absolutamente ilimitada y transmisión del derecho de cada usuario.

B) Vivienda y otros espacios

Hay iniciativas ciudadanas que buscan la colaboración compartiendo vivienda y otros espacios, incluso en algún caso espacios públicos; promoviendo la creación de jardines urbanos, o la recuperación de azoteas para usos colectivos o culturales<sup>51</sup>.

C) Recuperación del patrimonio inmobiliario

Existen plataformas on-line, que ofrecen herramientas, prácticas y estrategias para la inversión en patrimonio inutilizado, no vendido o inacabado y su reconversión en infraestructuras productivas gestionadas de forma colectiva por la ciudadanía<sup>52</sup>.

D) Alojamientos gratuitos

También podemos encontrar plataformas on-line que ofrecen alojamientos en casas particulares por periodos cortos durante un viaje; pudiendo hacer incluso de anfitrión<sup>53</sup>. La plataforma on-line ofrece el acceso a un grupo organizado de contactos, y es la herramienta que permite habilitar una estructura de referencias, reputación y confianza que minimiza los riesgos de alojarse en casa de un desconocido o de alojar a un desconocido en casa; cuidando el respeto a los datos personales. La relación de servicio que se establece es persona a persona, y la plataforma anuncia no asumir responsabilidad alguna sobre posibles incidencias. Es una opción aparentemente interesante y barata, pero también presenta interrogantes para quién pretenda hacer turismo con garantías.

E) Intercambio de vivienda y trabajo

También es posible encontrar contactos para viajar e intercambiar trabajo por alojamiento y comida en granjas ecológicas de todo el mundo<sup>54</sup>.

F) Intercambio de viviendas

De reciente interés es el intercambio de alojamientos de forma síncrona (pernoctas simultáneas) o asíncrona (solo en casa vacía por vacaciones, viaje de trabajo, etc...)<sup>55</sup>.

G) Plataformas de *crowdfunding* inmobiliario

Plataformas digitales para la recogida de fondos en masa, a través de particulares sin ingresos suficientes para rehabilitar y poner en alquiler o vender viviendas, bajo la promesa de altas rentabilidades. Se trata de un sistema que lleva años funcionando en Estados Unidos, Reino Unido o Colombia. Hay supuestos de plataformas de intercambio, otras que se definen como promotoras inmobiliarias, pero todas tienen como objetivo adquirir, alquilar o rehabilitar inmuebles en los que los particulares pueden invertir desde 50 hasta 10.000 euros. Surgieron tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015 de financiación empresarial. Los beneficios del inversor proceden de dos vías: por un lado, del alquiler del inmueble, que se reparte mes a mes; y, por otro, una vez alcanzada la revalorización objetivo fijada por la compañía, el inmueble se pone a la venta. Si el inversor quiere recuperar su dinero antes de que el edificio se venda, algunas plataformas, permite que los inversores puedan vender a otro usuario su participación<sup>56</sup>.

H) Alojamiento en casa particular de corta duración

Por último, cada vez más extendida, la oferta de arrendamiento privado de viviendas mediante plataformas on-line, red social, en la que las personas ofertan sus inmuebles (completos o por habitaciones)<sup>57</sup>.

La plataforma actúa de intermediario en principio, para el encuentro entre oferente y demandante, y se encarga de gestionar el cobro, con un sistema de gestión en forma de comisión. El sistema gestiona el cobro por adelantado, pero no se paga hasta que se encuentra alojado y se toma constancia de su conformidad y de que el inmueble puede disfrutarse sin obstáculos. La plataforma facilita la publicación de comentarios sobre la experiencia de los usuarios, la biografía del propietario y permite conocer las opiniones y evaluaciones de otras personas sobre los alojamientos, sus calidades, su entorno, la atención recibida, etc. Tiene ventajas como método más barato, ágil, y más sostenible por la optimización de la vivienda; e inconvenientes: riesgos de explotación, economía sumergida, elusión de control fiscal y elusión de obligaciones ante los usuarios.

No se estipula una duración máxima del contrato (únicamente que si se dilata durante meses el pago del importe de alquiler se realizará con periodicidad mensual), de tal forma que para conocer la tipología jurídica concreta de esta figura habrá que estar a lo que determine la normativa de cada Estado.

En España, este supuesto es el que más desarrollo y problemas está generando por la colisión con el sector turístico hotelero, y la ausencia de regulación *ad hoc*, o aplicable por analogía. Por ello, es el que será objeto de desarrollo en el último apartado de este artículo.

## *2. Ventajas e inconvenientes de las viviendas colaborativas*

Evidentemente, todos los supuestos descritos de viviendas colaborativas ofrecen ventajas incuestionables: 1. La colaboración incide claramente sobre el derecho a la vivienda, al incrementar el número de usuarios de la misma; 2. Se da preferencia al uso de la vivienda sobre la propiedad; además el uso, tanto de vivienda como de bienes y servicios es prioritario, y la posesión de los mismos cobra más importancia que la propiedad; 3. Hay claras ventajas medioambientales, ya que al compartir casa se aprovecha al máximo el espacio y los recursos disponibles; más aun teniendo en cuenta que los precios de la energía son cada vez mayores, y los edificios son uno de los principales consumidores de este recurso básico; 4. Ventajas económicas, puesto que la adquisición de la propiedad de una vivienda obliga a realizar un gran desembolso económico, y las viviendas colaborativas pueden ser utilizadas por el precio de un alquiler social, con gastos comunes menores. Con ello se logra un mayor eficiencia; 5. Hay ventajas sociales, ya que los habitantes pueden conciliar mejor su vida personal, familiar y profesional, se evita la soledad de determinados colectivos, y se vuelve al modelo de convivencia en el que las personas se conocen, se ayudan y aprenden a resolver conflictos. Es evidente que la sociedad demanda nuevos modelos porque necesita algo diferente; y la diversidad de supuestos de viviendas colaborativas es muy amplia y enriquecedora.

Sin embargo también presentan inconvenientes o cuestiones de interés a tener en cuenta en el desarrollo de las viviendas colaborativas: 1. Se trata de una actividad con gran impacto sobre el derecho a la vivienda y su mercado en todos los sentidos —oferta y demanda, precios—; 2. Nos surgen dudas respecto de una única denominación por la variedad de supuestos —viviendas colaborativas, consumo colaborativo—; 3. Los problemas de regulación son evidentes; las normas jurídicas vigentes, en los ámbitos en los que las viviendas colaborativas están comenzando a desplegarse, han quedado obsoletas, ya que fueron dictadas para una realidad distinta, en la que las referidas transacciones on-line eran prácticamente imposibles —la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia ha advertido que la solución ideal es la no regulación<sup>58</sup>; o bien la regulación solo en los aspectos que lo precisen, en la misma línea de la Comisión Europea—. Pero, a medida que avanzamos en su desarrollo surgen nuevos interrogantes: ¿se aplica de forma efectiva el derecho de consumo?; ¿se aplica la normativa laboral?, o ¿es preciso construir un nuevo modelo? —construir un nuevo modelo puede resolver en parte la problemática, si bien no es la panacea; se impone el estudio en profundidad de los supuestos—; 4. El origen de las viviendas colaborativas fue ocasional y entre consumidores, pero en la actualidad nos encontramos con la proliferación de plataformas on-line dedicadas solo a dicha actividad. Con una inversión relativamente pequeña se puede crear una plataforma de referencia que acabe creando un casi monopolio



digital en un ámbito concreto, domiciliada en otro país, por lo que la interpretación y aplicación de normas a cada supuesto se convierte en muy compleja —produciéndose supuestos de fraude de ley—; 5. El alojamiento colaborativo se desarrolla en el ámbito turístico principalmente; y en este se advierte gran inquietud entre los oferentes tradicionales, a los que afecta esta nueva oferta. 6. Hay problemas reales atinentes al planeamiento y la estructura urbanística y social de las ciudades; y problemas respecto de los sujetos particulares que conviven con la nueva situación como: disminución de la calidad de vida del barrio, posible masificación, incremento de riesgos —seguridad ciudadana, higiene—, incremento de precios de la vivienda, disminución del gasto medio por turista, disminución de la calidad de la oferta de alojamiento turístico, expulsión de población local; 7. Desde el punto de vista administrativo, surgen problemas derivados de la ausencia de licencias administrativas para las actividades descritas —ello puede suponer un incremento de riesgos para los vecinos, y también para los usuarios. Con relación a los usuarios, el riesgo parece quedar cubierto con la publicidad y comentarios de las plataformas on-line; ¿Pero, es posible tener toda la información necesaria y fiable sobre dichas viviendas?—. En mi opinión, además de la información on-line ¿deberíamos añadir algún tipo de anotación preventiva o inscripción en la hoja registral de la vivienda cuando la actividad referida es única y habitual en esta?; 8. También debería cuestionarse qué hacer ante la ausencia de pago de las tasas correspondientes acordes con la nueva situación —basuras por ejemplo—, y la pregunta que puede hacerse es: ¿qué ocurriría si las adaptamos a la nueva situación?

Puede concluirse que, desde un punto de vista general, los nuevos modelos de viviendas colaborativas presentan ventajas e inconvenientes; y se trata de una nueva realidad social que precisa respuestas jurídicas<sup>59</sup>.

La elaboración de un estatuto jurídico supondría el amparo de su utilización; especialmente por su repercusión en uno de los sectores con mayor peso en España, en términos de Producto Interior Bruto y de empleo como es el turístico. Tal estatuto podría clarificar una estructura más estable, los sujetos implicados y su capacidad, el objeto, contenido —derechos y obligaciones—, y responsabilidades; evitando incertidumbre y fragmentación.

#### IV. VIVIENDAS COLABORATIVAS DE ALOJAMIENTO TEMPORAL MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES

El desarrollo práctico de la vivienda colaborativa favorece y se decanta claramente por la preferencia del uso sobre la propiedad, como realidad jurídico-patrimonial básica que ayuda a entender el desarrollo del modelo. El uso de vivienda y bienes y servicios se va imponiendo como prioritario, esto es la posesión de los mismos cobra más importancia que la propiedad. Ello, aunque

favorece la sostenibilidad, la eficiencia, el medio ambiente, e incrementa el bienestar de los usuarios, sin embargo, genera en otros sujetos consecuencias no deseadas de adaptarse a la nueva realidad, costes, incomodidad, inseguridad...

Hemos visto que en torno al alojamiento colaborativo se han desarrollado muchos supuestos diversos: intercambio de viviendas, intercambio de vivienda por trabajo, uso de vivienda y servicios, cesión de uso onerosa de vivienda, alojamiento o cesión de uso gratuito u oneroso de habitaciones, inversión compartida en inmuebles... Evidentemente, no solo estos, sino también otros nuevos que puedan surgir en un futuro cercano. Como los supuestos de vivienda colaborativa son muy variados, centramos el estudio del último apartado del artículo sobre la cesión de uso de vivienda completa o por habitaciones —total o parcial— onerosa generalmente, por ser este uno de los más numerosos, con un desarrollo exponencial creciente, y con una importante repercusión en nuestro sector estrella: el turismo.

Concretado el objeto, es importante confrontar la regulación aplicable al supuesto, y si precisa de modificaciones o adaptaciones. Para ello es importante investigar acerca de varias cuestiones fundamentales: normativa aplicable; naturaleza jurídica y participación de los sujetos que intervienen.

## 1. DIFICULTADES Y DISPERSIÓN NORMATIVA

Con relación a la vivienda colaborativa, desde el inicio se han planteado problemas respecto de la denominación y, principalmente, con relación a su regulación, especialmente porque, lo que era en inicio ocasional y entre consumidores, ha dado paso a un negocio lucrativo tras la proliferación de plataformas on-line dedicadas solo a dicho negocio.

El alojamiento colaborativo de cesión de uso de vivienda o habitación se desarrolla en el ámbito turístico principalmente. Nuestra Constitución atribuye a las CCAA la competencia autonómica exclusiva a la *promoción y ordenación turística* dentro de su ámbito territorial —artículo 148.1.18º—; ahora bien, es preciso destacar la competencia estatal<sup>60</sup> sobre ciertas cuestiones que afectan al sector turístico —artículo 149: *relaciones internacionales, actividad económica, comercio exterior, legislación civil y mercantil— y unidad de mercado* (la Ley 20/2013 de 9 de diciembre de garantía de UM— que persigue que las normas jurídicas autonómicas no impidan dicha unidad)—.

Las normas que han regulado algunas cuestiones relacionadas con la vivienda colaborativa son autonómicas, en desarrollo de la competencia en materia turística; pero debemos advertir que la materia civil o mercantil, o tributaria afectada... debe seguir las reglas de competencia y unidad, por lo que la norma turística presenta dificultades de compatibilidad en los ámbitos de dicha competencia. De las doce normas autonómicas dos están recurridas por la CNMC

en vía contencioso-administrativo —Galicia y Castilla y León—, al entender que restringen la competencia. En escasas CCAA la regulación es más estable y busca preservar la oferta turística —Baleares y Canarias, mientras que en el resto la realidad y la regulación son inestables, y seguimos con problemas sin resolver —en grandes ciudades como Madrid, Barcelona—.

La normativa específica de alojamientos turísticos de viviendas completas<sup>61</sup> es esencialmente autonómica —competencia asumida por sus Estatutos, al amparo del 148.1.18; sin embargo, no hay desarrollo de alojamientos temporales por estancias<sup>62</sup>. Las CCAA<sup>63</sup> —salvo algunas que permiten optar por la LAU o por una norma sectorial— han dictado Decretos turísticos *ad hoc*, pensando en bloques o grupos de viviendas turísticas, o de uso turístico, o dedicadas al turismo o vacacionales, con finalidad de habitualidad en la prestación del servicio. Se prevé generalmente la presentación de declaración responsable para su puesta en marcha, la inscripción en un registro; se exige la publicidad a través de canales de oferta turística y no por el propietario. Se regula el caso de vivienda completa, en algún supuesto se excluye que sea residencia habitual, en otros se pide que lo sea, en algunos casos con inscripción en registro turístico correspondiente, con periodos de tiempo mínimos y máximos, con reglas sobre ocupación y enseres. A futuro, se trabaja sobre el protocolo de actuación a establecer en varias ciudades, en particular en Madrid<sup>64</sup>, con relación al tiempo de estancia, el titular del alojamiento y la obligatoriedad de las tasas turísticas. También hay trabajos sobre la materia en Andalucía<sup>65</sup> y Aragón<sup>66</sup>.

CCAA	NORMA	CCAA	NORMA
Andalucía	Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos	Navarra	Decreto Foral 230/2011, de 26 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de ordenación de los apartamentos turísticos
Aragón	Decreto 80/2015, de 5 de mayo, por el que aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico	Comunidad Valenciana	Decreto 92/2009 y 206/2010 sobre alojamiento turístico
Asturias	Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de viviendas vacacionales y viviendas de uso turístico	Galicia	Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos y viviendas turísticas
Cantabria	Decreto 19/2014, de 13 de marzo alojamiento turístico extra hotelero. <i>En tramitación una norma específica</i>	Islas Baleares	Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012 respecto a estancias turísticas en viviendas

CCAA	NORMA	CCAA	NORMA
<b>Cataluña</b>	Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico	<b>Islas Canarias</b>	Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales
<b>Madrid</b>	Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico	<b>País Vasco</b>	Decreto 198/2013, de 16 de abril, por el que se regulan los apartamentos turísticos y Ley 13/2016 de Turismo
<b>La Rioja</b>	Decreto 10/2017 de 17 de marzo, de desarrollo de la Ley de turismo de La Rioja 2/2001. <i>En tramitación una norma específica</i>	<b>Extremadura</b>	Decreto 182/2012, de 7 de septiembre, de ordenación de apartamentos turísticos
<b>Castilla-La Mancha</b>	Ley 8/1999 de 26 de mayo de ordenación del turismo. <i>En tramitación una norma específica</i>	<b>Castilla y León</b>	Decreto 3/2017 de 16 de febrero de regulación de alojamientos en viviendas turísticas
<b>Murcia</b>	Decreto 75/2005, de 24 de junio, por el que se regulan los apartamentos turísticos. Ley del turismo 12/2013		

La regulación autonómica es prolija; y los aspectos de derecho privado deberían contar con una regulación o interpretación desde el ámbito civil, dentro de las bases de las obligaciones contractuales, de competencia estatal<sup>67</sup> — 149.1.8—. La diversidad normativa existente genera mucha confusión. Por ello, desde la necesaria ordenación de la estructura jurídico-privada, debemos plantearnos en primer lugar su naturaleza, que afecta directamente a la normativa aplicable.

## 2. COMPLEJIDAD DEL SUPUESTO

El alojamiento colaborativo es un fenómeno complejo<sup>68</sup>, en el que encontramos una relación tripartita, de relaciones cruzadas entre los diversos sujetos, sobre la base de la relación nuclear de cesión de uso de la vivienda. Hay tres relaciones contractuales, que pueden ser diversas o sumarse una a otra.

### A) Sujetos

Los sujetos de la relación son básicamente tres: anfitrión, huésped y plataforma on-line. Las relaciones jurídicas entre ellos son: por un lado el contrato

de cesión de uso del inmueble, total o parcial, y por otro la relación de anfitrión y huésped con la plataforma respectivamente. La plataforma puede actuar como un mero intermediario digital, o bien puede realizar funciones de mediación en contratación y pago, y llegar a convertirse en actor de la relación jurídica de cesión de uso de la vivienda.

Respecto de la relación jurídica, las cuestiones que plantean más conflictos son las relacionadas con el tiempo de duración —variable según necesidades de los usuarios o huéspedes—, con los vicios del consentimiento —error, dolo—, el incumplimiento contractual —cosa distinta a la ofertada, falta de disponibilidad, condiciones de habitabilidad— y la posible resolución del contrato y sus consecuencias.

*B) Contenido de la cesión de uso de vivienda o habitación, obligaciones y derechos*

— Usuario o huésped: Uso del inmueble en las condiciones pactadas: tiempo, limpieza y obligación de conservación, pago de depósito de garantía; y pago de la contraprestación pactada por la cesión de uso.

— Titular de la vivienda o anfitrión<sup>69</sup>: derecho a una contraprestación a cambio de la cesión del uso de la vivienda o habitación—contenido, acceso, tiempo, información, normas o condiciones de uso, mantenimiento, obligación de mantenimiento y gastos de conservación.

*C) Naturaleza jurídica*

La pregunta fundamental que debemos responder es si, aunque el supuesto encaja en el ámbito turístico, es posible encuadrar el alojamiento colaborativo moderno en las categorías tradicionales de nuestro derecho privado, o bien necesitamos unas nuevas. Ello precisa, es cierto, concretar los intereses y necesidades, determinar el encuadre en el ámbito turístico o civil, la necesaria protección del consumidor en su caso, del titular de la vivienda; los intereses del resto de vecinos, empresarios del sector hotelero..., y el necesario cumplimiento de los límites de la normativa de propiedad horizontal, registral, urbanística, turística, medioambiental y fiscal, sobre conservación, rehabilitación, transmisiones, planeamiento<sup>70</sup>...

Situándonos en el ámbito de las figuras jurídicas tradicionales, la cesión de uso de inmuebles se ha organizado jurídicamente en nuestro ordenamiento, en sede de derecho de obligaciones en el marco del contrato de arrendamiento<sup>71</sup>, o bien como derecho real de uso o más bien de habitación —del inmueble parcial o total—. En ambos casos se trata de figuras jurídicas consolidadas en nuestro

Derecho Patrimonial, con desarrollo el arrendamiento principalmente en el del Código Civil —no podría ser la LAU, porque ella lo excluye de su ámbito de aplicación, en base a que el arrendamiento requiere una permanencia que la cesión de uso de vivienda colaborativa no tiene— y los derechos reales de uso y habitación también en el Código Civil.

Evidentemente, la consideración del alojamiento colaborativo como cesión de uso, es decir derecho real, bien de uso o de habitación —eficacia *erga omnes*, frente a todos, forma de constitución más o menos solemne— podría parecer menos recomendable que el arrendamiento. Sin embargo, el derecho de habitación es el único regulado en el ámbito del Derecho patrimonial que específicamente alude a la cesión de uso parcial del inmueble. Y ello, porque el derecho real de habitación<sup>72</sup> es más flexible en cuanto al objeto —las habitaciones necesarias—, pero no en cuanto al sujeto, porque no puede arrendarse ni traspasar a otro. A nivel formal las reglas son más estrictas, y la eficacia es real; pero el objeto es variable. Evidentemente, lo que parece un inconveniente —sujeto determinado, reglas de forma— podría resultar una ventaja a largo plazo en el supuesto de viviendas turísticas colaborativas —mayor control y seguridad—.

Desde el punto de vista del objeto y del sujeto el supuesto encaja más en la opción de los derechos reales de uso y habitación; sin embargo, el arrendamiento ofrece mayor flexibilidad en cuanto a la forma, sujetos y efectos, como cesión de uso del bien inmueble por precio cierto y tiempo determinado; he aquí la causa y objeto del contrato —sobre la base del arrendamiento se organizaría el supuesto en torno a cuatro aspectos fundamentales: duración, renta, gastos y garantías—. Sin embargo, no podemos perder de vista la realidad del arrendamiento en España, a diferencia de otros países europeos<sup>73</sup>, cuyo desarrollo persigue principalmente resolver la dificultad de encontrar el equilibrio entre las partes del contrato.

En la hipótesis de arrendamiento, en la regulación actual solo es posible encajar los supuestos de viviendas colaborativas —temporales— en las normas del Código Civil, ya que la LAU<sup>74</sup> los excluye de su aplicación, porque los objetivos y finalidad de la LAU no responden al supuesto de hecho. La doctrina se ha manifestado tanto en contra de la reforma de 2013 en tal sentido<sup>75</sup>, como a favor de la misma<sup>76</sup>. En todo caso, compartimos la opinión de algunos autores de considerar de forma separada la naturaleza del contrato, civil en cualquier caso —competencia estatal—, de las normas sectoriales por razón de actividad, turística —competencia autonómica—; lo que llevaría a aplicar a los derechos y obligaciones de las partes las normas del Código Civil, o adaptarlas al supuesto mediante un estatuto creado *ad hoc*<sup>77</sup>.

Así, si consideramos a las viviendas turísticas colaborativas dentro del ámbito del contrato de arrendamiento, las opciones posibles serían los siguientes, teniendo en cuenta que la utilidad que el usuario persigue no es la residencia habitual sino ocasional y transitoria, y no permanente<sup>78</sup>:

A) Una modalidad de arrendamiento de cosa, aplicable especialmente a los supuestos de arrendamiento de habitación<sup>79</sup>, sujeta a los artículos 1542 y siguientes del Código Civil.

B) Arrendamiento para uso distinto del de vivienda: Se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto de aquel. En especial, tendrán esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada<sup>80</sup>, sea esta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualesquiera que sean las personas que los celebren. Así, podría ser un arrendamiento por temporada, que no encaja en el concepto del artículo 2 de la LAU de alojamiento para uso de vivienda, pero sí en el artículo 3 —uso no vivienda— y que según el artículo 4.3 quedan sujetas a las siguientes normas: libertad de pacto, el título III de la LAU —arrendamientos de temporada (enajenación de la finca, conservación, obras y mejoras, derecho de adquisición preferente, cesión y subarriendo, muerte del arrendatario, indemnización en su caso, resolución de pleno derecho) el título I y el IV de la LAU de disposiciones comunes sobre aplicación imperativa de la obligación de prestar fianza y la forma del contrato— y, en último caso, con recurso al del Código Civil —artículo 1542-1543 Código Civil— Sin embargo, el arrendamiento por temporada de la LAU precisa no encontrarse incluido en el supuesto del 5.e de la misma Ley, que incorpora los requisitos para la exclusión por sujeción a la normativa turística, por ello solo es aplicable a algunos supuestos.

C) Arrendamiento privado sujeto a la normativa específica en materia turística del alojamiento de viviendas completas. Podría tratarse de este supuesto —incluido en los supuestos del artículo 5.e de la LAU<sup>81</sup> introducido por la Ley 4/2013, ante el aumento del uso de este tipo de alojamiento en el ámbito del turismo—. Dicho arrendamiento se rige por la normativa de referencia, es decir la autonómica citada<sup>82</sup>, que alude al contrato de cesión onerosa del uso de vivienda turística aunque, hay que destacar que, al contrato se aplicarían las normas del Código Civil<sup>83</sup>. Como bien indica la doctrina<sup>84</sup>, no es un nuevo tipo de arrendamiento sino un arrendamiento cuya regulación corresponde al del Código Civil y a las normas turísticas, no a la LAU; si bien da lugar a equívoco por *una opción de política legislativa errónea, que supone una renuncia competencial implícita a la regulación contractual del arrendamiento vacacional*<sup>85</sup>, más aun teniendo en cuenta la variedad normativa autonómica. Los aspectos esenciales del supuesto son: habitualidad, temporalidad, canales de oferta turística, régimen de cesión y exclusiones. El error de regulación nos lleva a una regulación autonómica, tanto de las parcelas administrativas del contrato como de los aspectos civiles del mismo, de constitucionalidad dudosa en mi opinión.

A favor de la regulación turística autonómica<sup>86</sup> pueden aportarse como argumentos: el establecimiento de estándares mínimos de calidad y seguridad, la condición de consumidores de los turistas para una mayor seguridad jurídica —infracciones y sanciones—, el control policial de visitantes, el control tributario y sostenibilidad a los servicios públicos. Sin embargo, los aspectos generales del contrato parecen quedar «*en tierra de nadie*».

Es evidente que la inserción de todos los supuestos en una única y concreta categoría plantea especiales problemas, como es el caso de habitaciones o alojamiento parcial que quedan fuera de este concepto, que si sería aplicable a viviendas completas. Se añade a esta, la dificultad de compatibilizar la competencia autonómica en materia de turismo —normativa desigual e insegura— con la competencia estatal con relación a las bases de las obligaciones contractuales, actividad económica... Asimismo, se ha criticado que esta opción pudiera favorecer en exceso al *lobby* hotelero, y que los requisitos exigidos en las normas autonómicas podrían suponer una limitación que ponga en peligro el concepto constitucional de la propiedad<sup>87</sup>. Es evidente, además, que no cabe la equiparación absoluta de las viviendas turísticas colaborativas con los establecimientos hoteleros, lo que dificulta la aplicación de las mismas normas sectoriales. Y por último, también hay que destacar que la inclusión de los supuestos en normativas dispersas hace prácticamente imposible el control del cumplimiento de las mismas.

Para el supuesto de cesión de habitaciones, podría acudir a la regulación del Código Civil<sup>88</sup> como arrendamientos parciales de cosa, o derechos forales en su caso si los hubiera; otra, bastante impensable, el recurso al artículo 2 de la LAU que alude a vivienda completa—arrendamiento de vivienda—, o bien al 3 de la misma norma —arrendamiento para uso distinto de vivienda—.

D) Por otra parte, cuando se cede el uso parcial del inmueble, de habitaciones, el supuesto debe distinguirse del contrato de hospedaje, *contrato complejo de cesión de uso de inmueble (o parte del mismo) junto con servicios complementarios*<sup>89</sup>, que aglutina tanto alojamiento hotelero como extra hotelero; contrato atípico con escasa regulación de Derecho privado, y proliferación de normas administrativas autonómicas<sup>90</sup>. Hay doctrina<sup>91</sup> partidaria de considerar los contratos de alojamiento u hospedaje también los excluidos de la LAU por imperativo del artículo 5.e). Evidentemente, las viviendas turísticas colaborativas presentan aspectos comunes con el hospedaje, con relación al huésped y el alojamiento parcial, pago del precio y normas de cesión. No obstante, la ausencia de habitualidad y profesionalidad del anfitrión en ciertos casos de alojamientos colaborativos, muchos de ellos, hacen difícil equiparar los supuestos<sup>92</sup>. Además, el hospedaje comprende tanto habitación, como servicios complementarios y custodia de objetos, y estas dos últimas características no son aplicables al alojamiento colaborativo temporal, ni los servicios complementarios ni la custodia de objetos; incluso en algún caso sus características son contrarias —prohibición al



dueño de entrar en la habitación del alojamiento colaborativo mientras este dure, frente a obligación de limpieza de la habitación de hotel o alojamiento rural. En todo caso, para el contrato de hospedaje la problemática es similar que para la cesión de uso de habitación, debatiendo la doctrina entre la consideración de contrato mixto (arrendamiento de cosas, servicio y depósito) —nominado pero atípico<sup>93</sup>— que es mayoritaria—, servicios<sup>94</sup> o arrendamiento.

E) Por otra parte, como bien anunciamos en párrafos anteriores, tanto la cesión de uso de viviendas completas, como más bien de habitaciones, podría considerarse como una realidad social nueva que precisa un contenido jurídico propio, atípico. En tal caso, precisaría un desarrollo específico, mediante un Estatuto adecuado. No parece una opción recomendable, si tenemos en cuenta la diversidad de supuestos, y la dificultad de enmarcar unas líneas generales sobre el tema. Sin embargo podría considerarse necesario en los supuestos de cesión de uso de habitación junto con elementos comunes a cambio de renta o contraprestación, que presentan dificultades de encaje en las normas existentes. En ellos, la relación jurídica tiene un objeto nuclear en exclusiva: la habitación, y elementos comunes compartidos con el anfitrión y/o otros huéspedes.

### 3. PARTICIPACIÓN DE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN, EN PARTICULAR LAS PLATAFORMAS DIGITALES COMO PROVEEDORES DE SERVICIOS, Y RELACIONES JURÍDICAS ENTRE ELLOS

Hay una gran variedad de supuestos de cesión de uso de viviendas colaborativas, pero en general la estructura de todos ellos es similar. Se ofrece un bien o servicio mediante un medio de intermediación on-line, en particular un sujeto ofrece un inmueble que disfrutará durante un tiempo el usuario del mismo. Una vez planteadas la variedad de opciones respecto de la cesión de uso de vivienda o habitación, dentro de la relación jurídica que une al anfitrión con el usuario es importante descubrir cuál es la implicación de cada sujeto, para determinar las normas aplicables en su caso.

Así, principalmente con relación a las plataformas digitales. ¿Su actividad es fruto de la mediación, comisión, un contrato de servicios o bien un contrato atípico?; ¿La plataforma actúa como mero intermediario, o bien como un prestador de servicios? Es difícil determinarlo, teniendo en cuenta que cada supuesto puede tener características propias.

Las opciones posibles son las siguientes: Mediación o agencia; contrato de servicios; comisión o mandato.

Muchas de las plataformas consideran su actividad un supuesto de intermediación<sup>95</sup> para contratar, con menor o mayor intervención en la celebración del contrato. Si es así, surgirían problemas sobre la normativa aplicable por la ausencia de regulación y atipicidad de la figura, que nos llevaría a los pactos,

a la teoría general del contrato, a los contratos afines... Si la intermediación es efectiva ello conlleva la ausencia de responsabilidad en la prestación del servicio. Esta opción solo podría considerarse en los supuestos en que realmente la situación de la plataforma no implique ninguna actividad en la prestación del servicio. La realidad en el sector del transporte se sitúa fuera de esta opción.

También puede considerarse como realidad que la plataforma preste un servicio o actividad a cambio de precio o retribución. La normativa que regula la materia del contrato de servicios se encuentra bastante obsoleta, regulada en el Código Civil, con normas concretas según el objeto.

Podríamos entonces, en orden a las especialidades del supuesto, considerarlo como un contrato nominado pero atípico<sup>96</sup>, que precisaría remisión a las normas generales del Código Civil; a las derivadas de la Directiva 2006/123 sobre servicios en el mercado interior, en concreto la Ley 17/2009 sobre libre acceso a actividades de servicios. Además, si en el contrato interviene un consumidor, se aplicarían el artículo 60 y sigs. TRLCU; si hubo condiciones generales la regulación sobre cláusulas abusivas; y si el contrato es a distancia las normas *ad hoc*. La prestación de servicio realmente es difícil de mantener para la globalidad del supuesto —cesión de uso de inmueble—, y requiere una relación de dependencia entre los sujetos, por lo que solo sería una opción a considerar en prestaciones puntuales de servicios concretos añadidos al inmueble.

Podríamos considerar la actividad de la plataforma como un contrato de realización de actos u operaciones, por cuenta o encargo de otra persona, con el fin de realizar un negocio jurídico, no un mero acto material<sup>97</sup>. Para ello la opción puede ser tanto la comisión —244 Ccom.— como el mandato —artículo 1709 del Código Civil—.

Ambos contratos, mandato y comisión, aportan una regulación interesante sobre las relaciones de las partes en cada momento y contemplan la realidad triangular del supuesto: antes de la celebración del contrato —obligación y acción entre mandante y tercero—; y después del contrato —obligación y acción entre mandatario y tercero—. Dichos contratos también se ocupan de los sujetos, capacidad, objeto, límites, de las obligaciones de mandatario —cumplimiento, límites, rendición de cuentas— y del mandante —abono de cantidades y gastos y cumplimiento de lo acordado, derecho de retención del mandatario— y los efectos sobre el mandatario hasta la concreción del mandante<sup>98</sup>.

#### 4. ESTATUTO JURÍDICO O CLARIFICACIÓN DE NORMAS

La elaboración de un estatuto jurídico sobre las viviendas colaborativas sería una opción favorable para la ordenación de derechos y deberes y el fomento de estructuras estables. Es de gran interés esta opción, especialmente por la repercusión de las viviendas colaborativas en uno de los sectores con mayor

peso en España, en términos de Producto Interior Bruto y de empleo como es el turístico. El contenido del estatuto contemplaría los sujetos implicados y su capacidad, objeto, contenido —derechos y obligaciones—, responsabilidades y efectos. En otro caso, si no se opta por un estatuto *ad hoc*, es preciso clarificar la aplicación de normas: civiles —de vivienda, propiedad horizontal, contratos—, tributarias, de seguridad, laborales, de protección del consumidor, de urbanismo, de turismo.

##### 5. HOMOGENEIZACIÓN Y APLICACIÓN DE NORMAS

Es necesaria una homogeneización de la regulación turística que afecta a las viviendas colaborativas. Podría proponerse en el marco de un plan general de inspección de viviendas turísticas, los requisitos mínimos, impuestos y tasas para los supuestos que efectivamente sean turísticos. Hay que destacar la importancia de la aplicabilidad del derecho de consumo a algunos supuestos —actividad de las plataformas digitales, anfitriones con dedicación profesional a la actividad—. En futuros trabajos podrían estudiarse los siguientes aspectos: 1. Aplicabilidad del TRLGDCU 1/2007; 2. Derechos de información y publicidad, desistimiento para garantizar la libertad de la persona, forma del contrato sujeta a requisitos, protección de datos de los sujetos; 3. Forma de los contratos: contratos de servicios a distancia. La Directiva 2011/83 de derechos de los consumidores y las modificaciones por Ley 3/2014 en el TRLGDCU, y su exclusión del ámbito de aplicación (art. 93 e, f y g, TRLGDCU); 4. Sujetos intervinientes: consumidores, consumidores mixtos (objeto dentro y fuera de la actividad comercial simultáneamente) o consumidores vulnerables (falta de comprensión o desconocimiento); empresarios —inclusión de los proveedores del servicio que suministran o distribuyen productos, inclusión de los intermediarios—; 5. Objeto del contrato: productos defectuosos —bienes muebles incorporados e identificables en inmuebles—. Responsabilidad. Daños incluidos; 6. Cuestiones laborales: contratos, jornadas, salarios, derechos y deberes

##### V. EFICIENCIA ENERGÉTICA, VIVIENDAS COLABORATIVAS Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En materia de sostenibilidad medioambiental y económica, en particular con relación a la rehabilitación de viviendas, en mi opinión podría referirse de forma clara el control de legalidad del certificado de eficiencia energética de viviendas, y regularse acerca de la obligatoriedad de su aportación e inscripción en cualquier tipo de actividad relativa a la vivienda, no solo en caso de venta o arrendamiento<sup>99</sup>. Así, exigiéndolo en caso de transmisión de las viviendas o

inmuebles mediante sucesión *mortis causa*, se lograrían adaptar a los requisitos de eficiencia energética la totalidad de las viviendas. Esta es una cuestión importante, como opción de *lege ferenda*, exigir en las transmisiones *mortis causa* de los inmuebles el cumplimiento de los requisitos de eficiencia energética. En su caso, lógicamente, con una previsión de ayuda estatal o autonómica mediante subvención, reducción o deducción en el impuesto correspondiente, según el valor de la vivienda, o el valor realmente transmitido al sucesor, y dichos valores con relación al coste total de las reformas necesarias para la eficiencia energética —la efectividad de dichas ayudas en función de la obtención del certificado de eficiencia energética—. Además, una vez logrado lo anterior, sería interesante imponer la exigencia de la acreditación de la certificación de eficiencia energética para realizar cualquier trámite relativo al inmueble ante las Administraciones públicas. Estas dos medidas permitirían disminuir el grupo de inmuebles insostenibles, en favor del incremento del número de inmuebles sostenibles.

Con relación a las viviendas colaborativas podrían incorporarse también nuevas prevenciones. Para evitar problemas de seguridad jurídica, podrían estudiarse los efectos de incluir algún tipo de anotación preventiva en la hoja registral del título constitutivo de la propiedad horizontal, en su caso, y/o de la vivienda colaborativa cuando la actividad turística referida es habitual y la única de esta. Tal incorporación con fundamento en el principio de especialidad registral estudiado y desarrollado por la doctrina científica<sup>100</sup> como fundamento del principio de publicidad de registral.

## CONCLUSIONES

I. La actividad inmobiliaria debe perseguir una vivienda sostenible, que permita en última instancia el bienestar de sus habitantes. La vivienda es humanamente sostenible como *lugar cerrado y cubierto para ser habitado por personas, seres humanos, que se mantiene largo tiempo sin agotar los recursos o causar daño al medio ambiente*». La actividad inmobiliaria debe cumplir con los objetivos de consciencia en la habitabilidad, justicia social y sostenibilidad ambiental, recuperando la idea de vivienda desde cualesquiera facetas del ser humano, material, anímico y espiritual.

II. La Organización de Naciones Unidas incorpora, entre sus objetivos, las ciudades y comunidades sostenibles. En ellas la vivienda debe cumplir con la mejora de las condiciones materiales, colaborar con la inclusión social y la justicia, y respetar las exigencias de una construcción segura, que permita la supervivencia y respete el medio físico.

III. La sostenibilidad aplicable a las viviendas ya construidas requiere una edificación que persiga, entre otras cosas, la eficiencia energética. La

rehabilitación se presenta como alternativa a la nueva promoción y construcción para lograr los objetivos de eficiencia energética para 2020 y 2030 en la Unión Europea. En desarrollo de las Directivas europeas sobre eficiencia energética —Directiva 2010/31 y 2012/27, la última norma en acompañarnos en la materia es la Ley del suelo 7/2015, que acoge los criterios para su desarrollo. Pese a ser esta una norma reciente, es importante reclamar una modificación de la Ley 7/2015 en ciertas materias: unificar el concepto de rehabilitación; promover la igualdad en el desarrollo autonómico efectivo de la rehabilitación; analizar e incorporar a las normas jurídicas los posibles efectos sobre la propiedad del endeudamiento generado por la rehabilitación; revisar la eficacia de la aportación del certificado de eficiencia energética en los trámites que afecten a las viviendas, en particular en el Registro de la Propiedad; impulsar la acreditación de la certificación de eficiencia energética para cualquier trámite ante la administración; fomentar la rehabilitación mediante medidas fiscales; apoyar la rehabilitación con subvenciones iniciales a la propiedad en el momento de la puesta en marcha y desarrollo de ayudas públicas; instar la revisión de la LPH si se precisa; ayudar a resolver o paliar las dificultades derivadas de la dispersión normativa ante el intrincado régimen de calendarios y actuaciones urbanísticas; fomentar y premiar a la rehabilitación profesionalizada y viable.

IV. La sostenibilidad social es punto de partida del desarrollo de la nueva economía colaborativa, que ha surgido en los últimos años en respuesta a necesidades no resueltas por el sistema económico y social. En origen nace dentro del marco de la sostenibilidad social, económica y ambiental, y puede definirse como un modo de consumo adaptado para «*compartir, intercambiar, prestar, alquilar y regalar... a través de la tecnología moderna y las comunidades*». Tanto el Comité Económico y Social Europeo —junio de 2014—, como la Comisión Europea —junio de 2016— ofrecen orientaciones sobre economía colaborativa para los Estados miembro, como punto de partida de unas necesidades jurídicas de ordenación y regulación. En una aproximación a la economía colaborativa se ha presentado, en primer lugar, un estudio de los sujetos, objeto y contenido de los supuestos de economía colaborativa, así como sus ventajas —confianza, sostenibilidad, utilidad, eficiencia, innovación, reducción de costes— e inconvenientes —concentración de la riqueza, monopolios digitales, impacto económico, por sectores, en el resto de ciudadanos—; y a continuación el desarrollo se ha centrado especialmente en las viviendas colaborativas.

V. En el desarrollo del sector inmobiliario deben llegar al encuentro la necesidad del que utiliza la vivienda y los intereses de quien la promueve y construye. La profunda crisis del sector nos ha obligado a replantearnos los objetivos. Hay fórmulas más flexibles dentro de la economía colaborativa que pueden contribuir claramente a la sostenibilidad humana en materia de vivienda, permitiendo el acceso al uso de la misma de sujetos que no pueden acceder a su

propiedad. La demanda de vivienda necesita otras opciones —no solo propiedad, sino uso— y la oferta necesariamente debe adaptarse a ellas.

VI. Con la expresión viviendas colaborativas se hace referencia a una gran variedad de supuestos de economía colaborativa en el sector de la vivienda. Se trata de una colaboración en bien de primera necesidad, que permite un mayor acceso a este, y es una realidad imparable.

VII. Todos los supuestos de viviendas colaborativas ofrecen ventajas incuestionables: se incrementa el número de usuarios, se da preferencia al uso sobre la propiedad, hay beneficios medioambientales, económicos y sociales. Sin embargo, también existen inconvenientes por el gran impacto de las viviendas colaborativas sobre el derecho a la vivienda, y sobre el entorno, y a nivel jurídico las dificultades de denominación y de regulación. Es un fenómeno que en origen fue ocasional y entre consumidores, pero en la actualidad se desarrolla principalmente en torno a un negocio lucrativo, con proliferación de plataformas on-line dedicadas solo a dicha actividad. Ello ha generado inquietud en los oferentes tradicionales, problemas referidos a la estructura urbanística y social de las ciudades, y respecto de los sujetos particulares que conviven con la nueva situación.

VIII. La realidad de la vivienda colaborativa se decanta claramente por la preferencia del uso sobre la propiedad, como elemento básico que ayuda a entender el desarrollo del modelo. El uso de vivienda y bienes y servicios es prioritario, y en él la posesión de los mismos cobra más importancia que la propiedad. Como los supuestos de vivienda colaborativa son muy variados, el estudio se ha centrado en la cesión temporal de uso de vivienda completa o habitaciones —total o parcial— onerosa generalmente, por ser uno de los más numerosos, con un desarrollo exponencial creciente. Con relación a este supuesto en particular, es importante confrontar la regulación aplicable y analizar si precisa de modificaciones o adaptaciones; en particular acerca de varias cuestiones fundamentales: normativa aplicable —estatal, autonómica; civil-turística; naturaleza jurídica, tras analizar los sujetos, objeto y contenido —arrendamiento (de cosa, de temporada, de vivienda turística) —derecho de uso o de habitación-hospedaje-cesión de uso atípica (y desarrollo de un Estatuto *ad hoc*)—; y la participación de los sujetos que intervienen, especialmente las plataformas on-line (mediación o agencia-contrato de servicios-comisión o mandato).

IX. Las viviendas colaborativas nacen como una nueva realidad social y requieren respuestas jurídicas concretas adaptadas a ellas. Un estatuto jurídico *ad hoc* supondría el amparo de su utilización, y podría ayudar a clarificar las estructuras de estas: sujetos implicados y capacidad, objeto, contenido —derechos y obligaciones—, y sus responsabilidades; resolviendo la incertidumbre actual y la fragmentación normativa. Es importante promover una homogeneización de la regulación turística que afecta a las viviendas colaborativas. También pueden prevenirse problemas de seguridad jurídica incluyendo algún tipo de anotación preventiva o de inscripción en la hoja registral de la vivienda en los

supuestos en que se estime necesario. Estudios futuros deberían ocuparse de la aplicabilidad del derecho de consumo a estos supuestos.

X. Una reflexión pausada es prioritaria y de gran interés, especialmente por la gran repercusión de las viviendas colaborativas en el sector turístico, uno de los sectores con mayor peso en España, en términos de Producto Interior Bruto y de empleo.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A; LÉRIDA NIETO, P. (2015). La cesión de uso de viviendas: ¿es realmente una alternativa habitacional más beneficiosa? *Centro de Estudios de Consumo*, [En línea], <https://www.uclm.es/centro/cescol/pdf/trabajos/34/100.pdf>, 8 de octubre de 2015, 1-24.
- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2013). Del arrendamiento de obras y servicios. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentarios al Código Civil* tomo VIII (2013). Valencia: Tirant lo Blanch, 11171-11214.
- ALONSO PÉREZ, M.T. y ALMAGRO MARTÍN, C. (2014). El arrendamiento de servicios. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Contratos* tomo IV (2014). Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 51-173.
- ÁLVAREZ OLALLA, P., CÁMARA ÁGUILA, P., COSTAS RODAL, L., MORALEJO IMBERNÓN, N., y QUICIOS MOLINA, S. (2013). Contratos de cesión temporal de uso y disfrute. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Tratado de Contratos* tomo II (2013). Valencia: Tirant lo Blanch, 2645-2834.
- ARGUDO PÉREZ, J.L., y SESMA SÁNCHEZ, B. (2014). El contrato de mediación o corretaje. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Contratos* tomo IV (2014). Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 571-632.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2014). Contratos turísticos, de alojamiento de personas y avituallamiento. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Tratado de Contratos* tomo IV (2014). Valencia: Tirant lo Blanch, 5487-2834.
- BARRIO GALLARDO, A., y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J. (2014). El contrato de mandato. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Contratos* tomo IV (2014). Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 373-476.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2013). Análisis de la Ley 4/2003, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. *Actualidad Civil*, núm. 7-8/2013, 842-924.
- BLANCO CARRASCO, B. (2013). La reforma de la Ley de arrendamientos urbanos a través de la Ley 1/2013 de 4 de junio. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4/2013, 607-654.
- BOTELLO HERMOSA, J.M. (2016). El contrato de arrendamiento de habitación: la problemática de su regulación. ¿Ley de Arrendamientos urbanos o Código Civil? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 754/2016, 1000-1038.
- (2016). Los arrendamientos por temporada en la Ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 756/2016, 1959-1989.

- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2016). Subrogación hipotecaria, deber de información y control de transparencia. En Flores Doña, M.S. (dir.). Callejo Rodríguez, C. y Berrocal Lanzarot, A.I. (Coord.). *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*. Madrid: Dykinson, 405-452.
- CASTAÑOS CASTRO, P. (2014). Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.6/2014, 1-13.
- COBO FERNÁNDEZ, V. (2017). Implicaciones fiscales del consumo colaborativo. Un análisis de la tributación del Airbnb. TFG UAB. [En línea] <http://ddd.uab.cat/record/170873>. 2017.
- Consumo colaborativo y economía compartida. Una visión general y algunas experiencias en Aragón (2013). ECODES. <https://es.scribd.com/document/200955323/Consumo-colaborativo-y-economia-compartida-pdf>. 2013.
- DE LA ENCARNACIÓN, A.M. (2016). El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales. *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 5, enero-junio de 2016, 1-26.
- DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2013). La reforma en la regulación del contrato de arrendamiento urbano de vivienda de junio de 2013. *Actualidad Civil*, núm.11/2013, 1259-1277.
- FELIÚ AMENGUAL, B. (2014). Arrendamientos urbanos: de la Ley estatal 4/2013 a la Ley General Turística. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 15/2014, 177-188.
- GÓMEZ GÁLIGO, J. (1994). El principio de especialidad registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625/1994, 2389-2436.
- GÓMEZ PERALS, M. (2015). El arrendamiento turístico y la información territorial al servicio del ciudadano. *Revista Derecho Privado*, núm. 4/2015, 23-43.
- GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2013). El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler. *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 6/2013, 170-190.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2017). Determinación del derecho de habitación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763/2017, 2646-2660.
- (2005). *El principio de especialidad registral*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- GUILLÉN NAVARRO, N.A. (2015). La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46/2015, 101-144.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A., y RIBES RIBES, A. (2014): El contrato de mandato. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Contratos* tomo IV (2014). Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 477-524.
- La economía colaborativa y la vivienda turística no reglada. El caso de Valencia (2017). Unión hotelera, Valencia. [En línea] <http://www.asolan.com/wp-content/uploads/2017/02/2017-Informe-Union-Hotelera-003.pdf>. 2017.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. (2014). La cesión del uso de la vivienda a no residentes: contrato de alojamiento (de estancias turísticas) en viviendas y el contrato de arrendamiento de temporada, conforme a la Ley del Turismo de las Islas Baleares tras la reforma de la LAU. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 15/2014, 151-176.



- MARTOS CALABRUS, M.A. (2014). El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo 5 de la LAU por la Ley 4/2013. *Revista de Derecho Civil*, núm. 1/2014, [En línea]. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>. 91-102.
- MONTES RODRÍGUEZ, M.P. (2016). El arrendamiento turístico en la comunidad valenciana. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4/2016, 298-225.
- MOYA BALLESTER, J. (2016). Una aproximación al régimen legal aplicable en el ámbito del turismo colaborativo. *International Journal of Scientific Management and Tourism*. Vol. 2,1, 371-378.
- NAVARRETE, A. (1958). Contrato de hospedaje y negocio de hostelería. *Revista de Derecho Mercantil num.70/1958*, 265-281.
- NASARRE AZNAR, S. (2016). La eficacia de la Ley 4/2013, de reforma de los arrendamientos urbanos, para aumentar la vivienda en alquiler en un contexto europeo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 747/2015, 205-249.
- QUICIOS MOLINA, M.S. (2013). Del contrato de arrendamiento. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentarios al Código Civil* tomo VIII (2013). Valencia: Tirant lo Blanch, 10921-11136.
- Realidad y posibilidades del Consumo colaborativo (2014). ADICAE Andalucía diciembre 2014. [En línea] <http://www.consumoresponde.es/sites/default/files/articulos/Informe%20ADICAE%20Consumo%20Colaborativo%20Andalucia%20dic%202014.pdf>. 2014.
- REPRESA POLO, M.P., y DE HARO IZQUIERDO, M. (2014). Los contratos de hospedaje y reserva de alojamiento. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Contratos* tomo V (2014). Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 339-418.
- ROMÁN MÁRQUEZ, A. (2014). Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamientos urbanos. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 6/2014, 1-24.
- SAN JULIÁN PUIG (2011). El contrato de hospedaje ¿derecho común del alojamiento? *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 27, 2011, 119-136.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. (2016). Del contrato de arrendamiento. En Cañizares, De Pablo, Orduña, Valpuesta (dir.). *Código Civil comentado* (2016), 2ª Ed, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 346-380.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. (2016): Del arrendamiento de obras y servicios. En Cañizares, De Pablo, Orduña, Valpuesta (dir.). *Código Civil comentado* (2016), 2ª Ed, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 452-464.

## NOTAS

<sup>1</sup> La definición de «desarrollo sostenible» se planteó por la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo (la Comisión Brundtland) en 1987: «*desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades*». Se requería la integración de las políticas ambientales y las estrategias de desarrollo (en sus componentes económico y social), lo que dio lugar a las «tres dimensiones» o «tres pilares» del desarrollo sostenible: el económico, el social y el ambiental. El concepto de desarrollo sostenible se aprobó en 1992 en Río de Janeiro, en las Convenciones sobre cambio climático, diversidad biológica y lucha contra los desiertos, a través de una serie de principios, comúnmente denominados Principios de Río. Se observa, sin embargo, en su 20 aniversario, que dicho desarrollo ha fracasado.

<sup>2</sup> La resolución 70/1 de 25 de septiembre de 2015 aprobó la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible con los 17 objetivos ODS y las 169 metas de desarrollo. [http://unfccc.int/portal\\_espanol/items/3093.php](http://unfccc.int/portal_espanol/items/3093.php). Con la finalidad de poner fin a las emisiones para evitar los gases con efecto invernadero, logrando un acuerdo en el nivel máximo de calentamiento.

<sup>3</sup> <http://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>: 11. Ciudades y comunidades sostenibles: «Más de la mitad de la población mundial vive hoy en zonas urbanas. En 2050, esa cifra habrá aumentado a 6.500 millones de personas, dos tercios de la humanidad. No es posible lograr un desarrollo sostenible sin transformar radicalmente la forma en que construimos y administramos los espacios urbanos.

*El rápido crecimiento de las urbes en el mundo en desarrollo, en conjunto con el aumento de la migración del campo a la ciudad, ha provocado un incremento explosivo de las mega urbes. En 1990, había 10 ciudades con más de 10 millones de habitantes en el mundo. En 2014, la cifra había aumentado a 28, donde viven en total cerca de 453 millones de personas.*

*La extrema pobreza suele concentrarse en los espacios urbanos y los gobiernos nacionales y municipales luchan por absorber el aumento demográfico en estas áreas. Mejorar la seguridad y la sostenibilidad de las ciudades implica garantizar el acceso a viviendas seguras y asequibles y el mejoramiento de los asentamientos marginales. También incluye realizar inversiones en transporte público, crear áreas públicas verdes y mejorar la planificación y gestión urbana de manera que sea participativa e inclusiva».*

<sup>4</sup> Metas en 2020, 2025 o 2030 según los casos:

*Eradicación de la pobreza: 1.4. ...derechos a los recursos económicos y acceso a los servicios básicos, la propiedad y el control de la tierra y otros bienes, la herencia, los recursos naturales, las nuevas tecnologías apropiadas y los servicios financieros, incluida la micro financiación...*

*Vida sana: 3.4. ...promover la salud mental y el bienestar... 3.9... considerablemente el número de muertes y enfermedades causadas por productos químicos peligrosos y por la polución y contaminación del aire, el agua y el suelo.*

*Gestión del agua: 6.3. ...mejorar la calidad del agua reduciendo la contaminación, eliminando el vertimiento y minimizando la emisión de productos químicos y materiales peligrosos, reduciendo a la mitad el porcentaje de aguas residuales sin tratar y aumentando considerablemente el reciclado y la reutilización sin riesgos a nivel mundial 6.4 ...aumentar considerablemente el uso eficiente de los recursos hídricos en todos los sectores y asegurar la sostenibilidad de la extracción y el abastecimiento de agua dulce para hacer frente a la escasez de agua y reducir considerablemente el número de personas que sufren falta de agua...*

*Energía: 7.1, 2 y 3. ...garantizar el acceso universal a servicios energéticos asequibles, fiables y modernos..., aumentar considerablemente la proporción de energía renovable..., duplicar la tasa mundial de mejora de la eficiencia energética.*

*Crecimiento y empleo: 8.2 ...lograr niveles más elevados de productividad económica mediante la diversificación, la modernización tecnológica y la innovación, entre otras cosas centrándose en los sectores con gran valor añadido y un uso intensivo de la mano de obra...*

*Infraestructuras sostenibles: 9.4... modernizar la infraestructura y reconvertir las industrias para que sean sostenibles, utilizando los recursos con mayor eficacia y promoviendo la adopción de tecnologías y procesos industriales limpios y ambientalmente racionales, y logrando que todos los países tomen medidas de acuerdo con sus capacidades respectivas...*

*Igualdad. 10.3 Garantizar la igualdad de oportunidades y reducir la desigualdad de resultados, incluso eliminando las leyes, políticas y prácticas discriminatorias y promoviendo legislaciones, políticas y medidas adecuadas a ese respecto.*

*Consumo y producción sostenible: 12.5. ...reducir considerablemente la generación de desechos mediante actividades de prevención, reducción, reciclado y reutilización..., 13.1. Cambio climático: Fortalecer la resiliencia y la capacidad de adaptación a los riesgos relacionados con el clima y los desastres naturales en todos los países*

*Conservación y utilización de los océanos: 14. ...prevenir y reducir significativamente la contaminación marina de todo tipo, en particular la producida por actividades realizadas en tierra, incluidos los detritos marinos y la polución por nutrientes.*

Uso sostenible de los ecosistemas: 15. asegurar la conservación, el restablecimiento y el uso sostenible de los ecosistemas terrestres

<sup>5</sup> <http://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/ciencia/2017/03/28/58daa9cbe5fdead1098b46a8.html>

Nuestro país hace el número 21 del total de 27, con una calificación de «ínfimo» o «muy pobre», en el baremo elaborado por la organización Carbon Market Watch y Transport & Environment, que revela que tan solo tres países —Francia, Alemania y Suecia— han avanzado en el último año «en la dirección correcta para cumplir con el Acuerdo de París». El informe destaca el interés de España y otros gobiernos por «debilitar» la propuesta de la Comisión Europea. Nuestro país, según el informe, no tiene marcado «un objetivo a largo plazo» para la reducción de emisiones, ni la voluntad de ir más allá del compromiso del 26% pese a la recomendación parlamentaria. Otro *punto negro* en nuestro expediente es la presión para que los controles periódicos de las emisiones no sean anuales sino cada cinco años.

<sup>6</sup> JEFFREY SACHS. Conferencia. Universidad Complutense de Madrid: 15 de marzo de 2017.

<sup>7</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA

Sostenibilidad: cualidad de sostenible; Sostenible: que se puede mantener durante largo tiempo sin agotar los recursos o causar grave daño al medio ambiente.

Humano: naturaleza de hombre.

Vivienda. Lugar cerrado y cubierto para ser habitado por personas.

Persona: individuo de la especie humana.

Vivienda humanamente sostenible: *Lugar cerrado y cubierto para ser habitado por personas, seres humanos, que se mantiene largo tiempo sin agotar los recursos o causar daño al medio ambiente.*

<sup>8</sup> Sobre el tema vid: [www.derechosostenibilidadhumana.es](http://www.derechosostenibilidadhumana.es)

<sup>9</sup> «Un hogar está destinado a ser un refugio seguro para las personas y familias, el cumplimiento de la necesidad básica de tener un techo sobre su cabeza» En palabras de PITTINI, A: OCDE, Dirección de Asuntos de Empleo, Trabajo y Seguridad Social. <http://oecdinsights.org/2017/02/08/better-quality-and-more-affordable-housing/>

<sup>10</sup> Esta problemática se ha puesto de manifiesto especialmente en los supuestos de subrogación del comprador en el préstamo hipotecario a promotor, en particular respecto de cláusulas abusivas, vulneración del deber de información...: CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2016). Subrogación hipotecaria, deber de información y control de transparencia. En Flores Doña, M.s. (dir.). Callejo Rodríguez, C. y Berrocal Lanzarot, A.I. (coord.). *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*. Madrid: Dykinson, 405-452.

<sup>11</sup> Energía sostenible, segura y asequible para los europeos en [http://europa.eu/pol/ener/index\\_es.htm](http://europa.eu/pol/ener/index_es.htm): file:///C:/Users/UCM/Downloads/NA0614043ESC\_002.pdf

<sup>12</sup> EUCO 169/14: [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/es/ec/145425.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/145425.pdf)

De acuerdo con la Comunicación de la Eficiencia Energética de julio de 2014, se espera que la UE logre un ahorro energético del 18% o 19% en 2020 —falta el 1% -2% para el objetivo del 20%—. Si los países de la UE aplican toda la legislación existente en materia de eficiencia energética, el objetivo del 20% se puede alcanzar sin medidas adicionales.

<sup>13</sup> Comunicación de la Comisión de 15 de diciembre de 2011: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52011DC0885>

<sup>14</sup> La UE ha adoptado una serie de medidas para mejorar la eficiencia energética en Europa, que incluyen: *Reducción anual de 1.5% en las ventas nacionales de energía. Los países de la UE deben hacer renovaciones de eficiencia energética de al menos el 3% de los edificios de propiedad y ocupadas por los gobiernos centrales por año. Emisión de certificados de eficiencia energética obligatorios que acompañan a la venta y alquiler de inmuebles. Energía mínima con estándares de eficiencia y etiquetado para una variedad de productos, tales como calderas, electrodomésticos, iluminación y televisores (Eco diseño). Preparación en cada país de planes de Eficiencia Energética: planes de acción cada tres años en los*

países de la UE. Despliegue previsto de cerca de 200 millones de contadores inteligentes de electricidad y 45 millones para el gas en 2020 dando lugar a un mayor ahorro de los consumidores. Auditorías energéticas cada cuatro años. Protección de los derechos de los consumidores: derecho a recibir un acceso fácil y gratuito a los datos en tiempo real y al consumo de energía histórico. [www.europa.eu](http://www.europa.eu)

<sup>15</sup> En particular, como datos que se aportan con relación a la eficiencia energética en los edificios en las Directivas de eficiencia energética: Los edificios son responsables del 40% del consumo de energía y un 36% de las emisiones de CO<sub>2</sub> en la UE. Actualmente alrededor del 35% de los edificios de la UE tienen más de 50 años de edad. Mediante la mejora de la eficiencia energética de los edificios, se podría reducir el consumo total de energía de la UE en un 5% a un 6% y bajar las emisiones de CO<sub>2</sub> en aproximadamente un 5%; todo ello dentro del Paquete 20-20-20.

<sup>16</sup> Los edificios nuevos consumen la mitad de energía que lo hicieron en la década de 1980. La intensidad energética en la industria de la UE se redujo en casi un 19% entre 2001 y 2011. Los aparatos más eficientes supondrán un ahorro a los consumidores de 100 mil millones euros al año —alrededor de 465 euros por hogar— en sus facturas de energía para el año 2020.

<sup>17</sup> Por cada 1% de mejora en la eficiencia energética, las importaciones de gas de la UE caen un 2,6%. Se producen menores costos de energía para las personas que viven y trabajan en edificios energéticamente eficientes, así como beneficios adicionales, tales como la mejora de la calidad del aire y protección contra el ruido externo proporcionado por ventanas de eficiencia energética. Se generan nuevas oportunidades de negocio para las empresas europeas, como las constructoras y fabricantes de equipos que utilizan energía. Se originan nuevos puestos de trabajo en la construcción, fabricación, investigación y otras industrias que invierten en eficiencia energética. (*Considerando 5 de la Directiva 2010/31 y Considerando 16 de la Directiva 2012/27, y arts. 16 a 19*).

<sup>18</sup> Directiva 2010/31 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, sobre la eficiencia energética de los edificios (*DO L 153 de 18.6.2010*).

*Considerandos: «...tener en cuenta las condiciones climáticas y las particularidades locales... con una metodología que puede ser diferente a escala nacional y regional...».*

<sup>19</sup> Artículo 20. Responsabilidad estatal.

<sup>20</sup> Artículo 10. Eficiencia energética.

<sup>21</sup> Artículo 11. Certificados de eficiencia energética.

<sup>22</sup> Artículos 14 y 15 sobre Inspecciones; y artículo 27 acerca del Régimen sancionador.

<sup>23</sup> Artículo 9. Edificios de consumo de energía casi nulo «1. Los Estados miembro se asegurarán de que: a) a más tardar el 31 de diciembre de 2020, todos los edificios nuevos sean edificios de consumo de energía casi nulo, y de que b) después del 31 de diciembre de 2018, los edificios nuevos que estén ocupados y sean propiedad de autoridades públicas sean edificios de consumo de energía casi nulo». El consumo casi nulo en viviendas nuevas se entiende como: 2020=22 KW/h/m; frente al actual de 75 KW/h/m en viviendas nuevas y 175 KW/h/m en viviendas usadas Fuente. Gas Natural. Jornadas vivienda 2015 CESINE.

<sup>24</sup> Artículo 4 a 6: *«...Los Estados miembro tomarán las medidas necesarias para garantizar que se establezcan unos requisitos mínimos de eficiencia energética de los edificios o unidades de este con el fin de alcanzar niveles óptimos de rentabilidad... La Comisión establecerá... un marco metodológico comparativo para calcular los niveles óptimos de rentabilidad de los requisitos mínimos de eficiencia energética de los edificios y de sus elementos... edificios nuevos cumplan los requisitos mínimos de eficiencia energética establecidos... cuando se efectúen reformas importantes en edificios, se mejore la eficiencia energética del edificio o de la parte renovada... siempre que ello sea técnica, funcional y económicamente viable».*

<sup>25</sup> Directiva 2012/27 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre la eficiencia energética, que modifica las Directivas 2009/125 / CE y 2010/30 / UE y deroga las Directivas 2004/8 / CE y 2006/32 / CE (*DO L 315 de 14 de noviembre de 2012*).

«... los Estados miembro, deberían crear una estrategia a largo plazo, para después de 2020, destinada a movilizar inversiones en la renovación de edificios residenciales y comerciales para mejorar el rendimiento energético del parque inmobiliario... El ritmo de renovación de edificios tiene que aumentar ya que el parque inmobiliario existente constituye el sector con mayor potencial de ahorro de energía... Los edificios de propiedad estatal... conviene fijar un índice anual de renovación de edificios que las Administraciones centrales tengan en propiedad y ocupen con objeto de mejorar su rendimiento energético. Este índice de renovación se entiende sin perjuicio de las obligaciones relativas a los edificios de consumo de energía casi nulo establecidas en la Directiva 2010/31/UE... La obligación de renovar la superficie útil de los edificios de la Administración central debería aplicarse a los órganos administrativos cuya competencia se extienda a la totalidad del territorio de un Estado miembro... Algunos municipios y otros organismos públicos de los Estados miembro ya han puesto en práctica planteamientos integrados sobre ahorro de energía y abastecimiento de energía... Debe fomentarse el intercambio de experiencias entre municipios y otros organismos públicos acerca de las experiencias más innovadoras... Administraciones centrales que firmen contratos de obras, suministros o servicios deben dar ejemplo y tomar decisiones de compra eficientes en cuanto a la energía...».

<sup>26</sup> Artículos 5 y 6: «Función ejemplarizante de los edificios de los organismos públicos 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 2010/31/UE, cada uno de los Estados miembros se asegurará de que, a partir del 1 de enero de 2014, el 3 % de la superficie total de los edificios con calefacción y/o sistema de refrigeración que tenga en propiedad y ocupe su Administración central se renueve cada año... 1. Los Estados miembro garantizarán que las Administraciones centrales adquieran solamente productos, servicios y edificios que tengan un alto rendimiento energético, en la medida en que ello sea coherente con la rentabilidad, la viabilidad económica, la sostenibilidad en un sentido más amplio, la idoneidad técnica...».

<sup>27</sup> Artículo 4: «Renovación de edificios. Los Estados miembro establecerán una estrategia a largo plazo para movilizar inversiones en la renovación del parque nacional de edificios residenciales y comerciales, tanto público como privado... A más tardar el 30 de abril de 2014, se publicará una primera versión de la estrategia, que se actualizará cada tres años y será remitida a la Comisión en el marco de los Planes nacionales de acción para la eficiencia energética».

<sup>28</sup> Ponencia Pilar Bonet. Jornada sobre rehabilitación UPV diciembre de 2014.

<sup>29</sup> A nivel estatal se suprimió a partir de 1 de enero de 2013 la deducción por inversión en vivienda habitual. No obstante, podrán continuar practicando esta deducción aquellos contribuyentes que hubieran satisfecho cantidades con anterioridad a 1 de enero de 2013 para la realización de obras de rehabilitación de su vivienda habitual, siempre que estén terminadas antes de 1 de enero de 2017.

<sup>30</sup> Aquellas personas que realicen obras de rehabilitación y obras de renovación y reparación de edificios o partes de los mismos destinados a viviendas, podrán beneficiarse de un tipo de IVA reducido al 10%, siempre que cumplan los requisitos legales para ello.

<sup>31</sup> «Artículo 2. Definiciones... 1. Actuaciones sobre el medio urbano: las que tienen por objeto realizar obras de rehabilitación edificatoria, cuando existan situaciones de insuficiencia o degradación de los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad de las edificaciones, y las de regeneración y renovación urbanas cuando afecten, tanto a edificios, como a tejidos urbanos, pudiendo llegar a incluir obras de nueva edificación en sustitución de edificios previamente demolidos. Las actuaciones de regeneración y renovación urbanas tendrán, además, carácter integrado, cuando articulen medidas sociales, ambientales y económicas enmarcadas en una estrategia administrativa global y unitaria». Es un artículo que tiene el carácter de condición básica, según disposición final segunda.

<sup>32</sup> La Ley 8/2013 se dictó en desarrollo de las Directivas comunitarias, con la finalidad de reconversión y reactivación del sector inmobiliario hacia un modelo sostenible e integrador, ambiental, social y económico; con el objetivo de mejorar el estado de conservación, la

accesibilidad, la calidad, la sostenibilidad y la eficiencia energética del parque de viviendas. En su momento advertíamos de que la estructura de la Ley era peculiar y cuestionable, ya que el articulado y las disposiciones adicionales y finales tenían un contenido casi equivalente en volumen; y además, inexplicablemente, se incorporaban a las disposiciones últimas algunas cuestiones principales de gran interés, como el calendario para la realización del informe de evaluación de edificios o las infracciones y sanciones en materia de certificación de la eficiencia energética de los edificios. Por suerte, la Ley del suelo 7/2015 ha incorporado el informe de evaluación al título III, no así las infracciones y sanciones que se mantienen en disposiciones adicionales. Sobre el tema puede consultarse: LAMBEA RUEDA, A. (2015). Rehabilitación, regeneración y renovación urbana. Experiencias novedosas en cooperativas de viviendas: rehabilitación y mediación. *Revista Jurídica CIRIEC*, núm. 26/2015, 121-156; Función social de la propiedad. Nuevos límites a la Propiedad Horizontal. *Revista Derecho Privado*, sept-oct/2015, 69-103.

<sup>33</sup> Como *sujetos obligados* la Ley 8/2013 incorporaba a los propietarios, titulares de derechos de uso, comunidades de propietarios, agrupaciones de comunidades, cooperativas de viviendas, Administraciones públicas. La Ley 7/2015 se refiere a ellos con más detalle en el artículo 8 y 9, el 8 para indicar quienes *pueden proponer* la iniciativa de ordenación: las Administraciones públicas y entidades adscritas o dependientes de las mismas, propietarios, comunidades, agrupaciones de comunidades, cooperativas, propietarios y titulares de derechos reales o de aprovechamiento, empresas, sociedades o entidades que intervengan en su nombre. También se añaden en la nueva Ley, en el 9.4, las asociaciones administrativas constituidas de acuerdo a lo previsto en la legislación de ordenación. El 9.5 y el art.10 de la Ley 7/2015 incorporan la capacidad de actuación de los sujetos y las asociaciones administrativas —la Ley 8/2013 los incluía casi literalmente en los artículos 15 y 16—. En otro sentido, los convenios para la financiación del artículo 17 de la Ley 8/2013, se citan en el 9.7 y 8 de la de 2015 de forma más escueta. Y no parece destacar en la Ley 7/2015, como hacía la Ley 8/2013, el conminar a la Administración a tomar medidas en caso de infraviviendas y especial degradación.

<sup>34</sup> «Artículo 5. *Derechos del ciudadano*. a) *Disfrutar de una vivienda digna...* b) *Acceder, en condiciones no discriminatorias y de accesibilidad universal, a la utilización de las dotaciones públicas y los equipamientos colectivos abiertos al uso público...* c) *Acceder a la información* d) *Ser informados*; e) *Participar efectivamente en los procedimientos* f) *Ejercer la acción pública...*».

Artículo 6. *Deberes del ciudadano*. a) *Respetar y contribuir a preservar el medio ambiente y el paisaje natural...*; b) *Cumplir los requisitos y condiciones a que la legislación sujeta las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas...* c) *Respetar y hacer un uso racional y adecuado, acorde en todo caso con sus características, función y capacidad de servicio, de los bienes de dominio público y de las infraestructuras y los servicios urbanos...* d) *Respetar y contribuir a preservar el paisaje urbano y el patrimonio arquitectónico y cultural absteniéndose en todo caso de realizar cualquier acto o desarrollar cualquier actividad no permitidos*».

<sup>35</sup> Especialmente, el artículo 17 recoge las obligaciones en la línea del artículo 8 de la Ley 8/2013, en manos de propietarios y titulares de derechos de uso, comunidades de propietarios, agrupaciones de comunidades, cooperativas, administraciones públicas. Las reglas básicas para la ordenación y ejecución —artículo 9 a 14 de la Ley 8/2013—, podrían considerarse incluidas en los artículos 18 y 19 que regulan el estatuto básico de la promoción de las actuaciones urbanísticas.

<sup>36</sup> DOUE 11/6/2014. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XX (2014/C 177/01).

<sup>37</sup> A juicio de BOTSMAN, R.; ROGERS, R. (2010): *What's Mine is Yours. The Rise of Collaborative Consumption*, 1ª ed., Harper Collins, 71, los tipos de economías colaborativas son muy variados, y podrían clasificarse en: Sistemas basados en el producto y en el uso más eficiente de los recursos: se abona una contraprestación por su uso —arrendamiento—; Sistemas de producción: reasignación de la propiedad de un bien que ya no es utilizado —venta,

donación, permuta—; Estilos de vida colaborativo: productos y recursos —tiempo, habilidades, conocimientos—.

<sup>38</sup> DOUE 11/6/2014. *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XX (2014/C 177/01)*: En este documento, el origen y desarrollo del fenómeno analizado se liga al «*progresivo agotamiento del sistema actual y su incapacidad para satisfacer las demandas individuales y colectivas de los ciudadanos hace conveniente la emergencia de alternativas que se adapten a las necesidades y retos que plantea un futuro tejido en redes digitales*». Se entiende, además, que «*la propuesta del consumo colaborativo o participativo propicia también una salida a todos los colectivos más vulnerables y, especialmente, a aquellas familias con una situación económica difícil o que hayan podido ser excluidos de los canales convencionales de acceso al crédito para la adquisición de los bienes que necesitan, dadas las circunstancias sociales actuales. Pero también supone una opción para aquellos que pudiendo acceder al mercado de bienes y servicios de forma normalizada, voluntariamente toman la decisión de no hacerlo basada en el compromiso con sus valores personales*».

<sup>39</sup> Bruselas, 2 de junio de 2016. COM (2016) 356 final.

<sup>40</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2001\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2001_es.htm). Según el vicepresidente de la Comisión: «*el próximo Unicornio de Europa debería surgir de la economía colaborativa... no podemos rechazar estas empresas porque protegemos los modelos de negocio existentes*»: La UE no va a proteger a los modelos existentes solo en aras de mantener los puestos de trabajo. Según el comunicado de prensa, la finalidad de dicha Comunicación es el fomento de un entorno normativo para el desarrollo equilibrado y sostenible de la misma, sin perder de vista la protección del consumidor, la justicia en la fiscalidad y la equidad en las condiciones laborales de los trabajadores. «*La economía colaborativa se refiere a modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares... Agentes i) prestadores de servicios... ocasional... profesional ii) usuarios de dichos servicios... iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea conectan...*». De hecho, los dos elementos que se persiguen es evitar la incertidumbre y la fragmentación en la normativa sobre economía colaborativa.

<sup>41</sup> <http://www.consumocolaborativo.com/2016/06/06/3-destacados-y-5-olvidos-de-las-nuevas-directrices-de-la-cee-sobre-la-economia-colaborativa/>

<sup>42</sup> STJUE de 20 de diciembre de 2017 que califica a *UBER* como servicio en el ámbito de transportes, y no como plataforma. Recientemente, las STS, sala contencioso-administrativa, 117/2018 de 24 de enero de 2018, y 120/2018 de 25 de enero de 2018, que se presentan, ya que pueden ser un antecedente para colocar la actividad de vivienda colaborativa dentro del marco de vivienda turística. Ya hay al respecto algunas sentencias en primera instancia y apelación con relación a *AIRBN* y *HOME AWAY*, en ocasiones contradictorias.

<sup>43</sup> «*Los mecanismos para fomentar la confianza, tales como los sistemas de evaluación y calificación en línea y las etiquetas de calidad, pueden ser un instrumento esencial para superar la falta de información sobre los prestadores de servicios individuales. Dichos mecanismos de fomento de la confianza en la economía colaborativa han sido creados bien por las propias plataformas colaborativas, bien por terceros especializados y pueden ser especialmente importantes cuando no es aplicable la legislación vigente relativa a los consumidores*».

<sup>44</sup> En materia fiscal, en el sector de alojamiento se cita la posibilidad de facilitar el pago de las tasas turísticas en nombre de los prestadores del servicio.

COBO FERNÁNDEZ, V. (2017). Implicaciones fiscales del consumo colaborativo. Un análisis de la tributación del Airbnb. TFG UAB. [En línea] <http://ddd.uab.cat/record/170873>. 2017: En opinión de la autora, la UE ha hecho especial hincapié en la tributación del consumo colaborativo a los efectos del IVA; ha advertido de la necesidad de tributación de las rentas generadas por el alquiler en cada país y la variedad de estos, de la necesidad de declarar la renta en la declaración de cada trabajador por cuenta propia o ajena si lo hay. También se

hace alusión a la llamada tasa turística y a aspectos administrativos: concesión de licencias de actividad, emisión de declaración responsable, régimen sancionador administrativo. No se vería afectado el Impuesto sobre el patrimonio, el IBI o las tasas municipales.

<sup>45</sup> <http://cooperativa.cat/>. *Cloud housing*

<sup>46</sup> Así, la plataforma *Vida+Fácil* cuyo objetivo fundamental es *sacar el máximo rendimiento de la superficie disponible y de los recursos*; un modelo basado en la búsqueda del bien común para ofrecer una alternativa al régimen de propiedad, de alquiler e incluso a la contratación de hipotecas.

Se proponen hasta tres conceptos diferentes para la organización de los edificios: infraestructura, común y de residencia. La red de infraestructuras permite realizar las actividades cotidianas e impulsar el desarrollo social, con servicios de energía, limpieza, agua e incluso un club de compra. Los espacios de uso común, por su parte, se nutren de servicios para los residentes y el fomento de actividades colaborativas. Por último, las unidades residenciales están pensadas para ofrecer una respuesta sólida a las necesidades de las personas a lo largo de su vida.

<sup>47</sup> Un ejemplo de proyecto de vivienda colaborativa en construcción es [www.entrepatis.org](http://www.entrepatis.org).

<sup>48</sup> <http://www.cohousing.org>. En este supuesto, la propiedad de las viviendas se mantiene en manos comunes —la más común es la cooperativa con cesión de uso constituida para crear, utilizar y gestionar—, y se cede el uso a los cooperativistas. La posición de cada socio le permite el uso indefinido de la vivienda, y el acceso a los servicios comunes: de ocio, sanitarios, servicios.

<sup>49</sup> Si el socio fallece, sus herederos pueden ejercer el derecho de uso (si cumplen los requisitos de los estatutos) o recibir el dinero aportado actualizado según los criterios convenidos. Si abandona la cooperativa recibe el dinero aportado actualizado, aunque esta devolución depende de la incorporación de un nuevo cooperativista, salvo que se cuente con un fondo de reserva suficiente.

<sup>50</sup> AGÜERO ORTIZ, A., y LÉRIDA NIETO, P. (2015). La cesión de uso de viviendas: ¿es realmente una alternativa habitacional más beneficiosa? *Centro de Estudios de Consumo*, [En línea], <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/34/100.pdf>, 8 de octubre de 2015, 21.

<sup>51</sup> <http://entretrejas.org>, <http://encajesurbanos.com>

<sup>52</sup> <http://increasis.org/>

<sup>53</sup> <http://esp.hospitalityclub.org>; <http://www.travelersfortravelers.com/>; <http://www.global-free loaders.com>.

[Coachsurfing.org](http://www.coachsurfing.org) es probablemente la más conocida, una empresa de consumo colaborativo que gestiona una red de 6 millones de viajeros, que intercambian alojamiento y vivencias.

<sup>54</sup> <http://www.wwoof.org/>; <http://mundoporlibre.com/2011/01/alojamiento-en-el-mundo-ii.html>

<sup>55</sup> Puede encontrarse en el ámbito español (<http://www.intercambiodecasa.es/http://www.homecompartia.com/>) y también internacional (<http://www.knok.com/>; <http://www.mytwinplace.com>)

<sup>56</sup> La mayoría de estas plataformas invierten en inmuebles de terceros —PRIVALORE (comprar, rehabilitar y vender; acorde con modelo de proyecto WellnessBuilding Standard), HOUSES, INVESTAR (pequeños inversores).

<sup>57</sup> (<https://www.airbnb.es/> y <https://alterkeys.com/>) En el caso de AIRBNB encontramos las siguientes obligaciones: 1) Pago del arrendamiento a modo de retribución para el anfitrión (rendimiento económico del anfitrión). 2) Pago de la comisión del 3% del importe total del alquiler (rendimiento económico de Airbnb). Cesión de información del anfitrión y las transacciones llevadas a cabo por este. 3) Pago de la comisión del 6-12% del importe total del alquiler (rendimiento económico de Airbnb). Cesión de información del huésped y las transacciones llevadas a cabo por este. 4) Disposición por Airbnb frente al anfitrión de un sistema de pago seguro, regulación (políticas de cancelación, reembolso,...), garantía contra daños, reputación de los potenciales huéspedes, mecanismo de resolución de conflictos y servicio de atención al cliente. 5) Disposición por Airbnb frente al huésped de un sistema de pago seguro, regulación (políticas de cancelación, reembolso,...), reputación de los potenciales



anfitriones, mecanismo de resolución de conflictos y servicio de atención al cliente. 6) Puesta a disposición del alojamiento, en las condiciones y con los servicios establecidos en el anuncio.

Sobre el tema puede consultarse: COBO FERNÁNDEZ, V. (2017). Implicaciones fiscales del consumo colaborativo. Un análisis de la tributación del Airbnb. TFG UAB. [En línea] <http://ddd.uab.cat/record/170873>. Ob. cit.

<sup>58</sup> En 2014 y 2015, como advierte: GUILLÉN NAVARRO, N.A. (2015). La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46/2015, 111.

<sup>59</sup> [http://www.elconfidencial.com/amp/espana/madrid/2017-04-02/pisos-turisticos-regulacion-madrid-vivienda-carmena-cifuentes\\_1358984/](http://www.elconfidencial.com/amp/espana/madrid/2017-04-02/pisos-turisticos-regulacion-madrid-vivienda-carmena-cifuentes_1358984/): El presidente de los hoteleros madrileños asegura que en la capital todavía no se ha producido el fenómeno llegado a Barcelona, pero alerta de «síntomas» que ya indican un camino similar para Madrid como la subida del 10% en los precios del alquiler durante el último año, la expulsión de vecinos de sus barrios o la falta de seguridad para los consumidores que existe en los hoteles con licencia.

<sup>60</sup> Origen: Orden de 17 de enero de 1967 *por la que se aprueba la ordenación de los apartamentos, «bungalows» y otros alojamientos similares de carácter turístico...* el Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, *de ordenación de apartamentos turísticos y de viviendas turísticas vacacionales*, en donde aparece regulada la vivienda turística vacacional como antecedente normativo más cercano: GUILLÉN NAVARRO, N.A. (2015). La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español. Ob. cit., 112-113.

<sup>61</sup> DE LA ENCARNACIÓN, A.M. (2016). El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales. *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 5, enero-junio de 2016, 23. «A pesar de ello, las Comunidades Autónomas han optado por regular tan solo el alquiler turístico de viviendas completas. En Baleares solo se permite la comercialización de viviendas, no de habitaciones para fines turísticos —Ley 8/2012 Turismo de Baleares—. Por su parte, el Decreto 80/2015, de 5 de mayo, sobre viviendas de uso turístico en Aragón, tampoco permite alquilar habitaciones, siendo responsables de las infracciones a la normativa turística los propietarios y, en su caso, los gestores de las viviendas y los canales de distribución o promoción de la oferta turística.

En Canarias, el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, que aprueba el Reglamento de viviendas vacacionales, prohíbe de forma expresa la cesión por habitaciones, cuyo incumplimiento es sancionable. El caso más polémico a todas luces es el de Barcelona, en el que la falta de regulación de esta concreta figura ha avivado el conflicto público, enrareciendo la convivencia entre ciudadanos y turistas, manifestada de forma constante a través de numerosas movilizaciones vecinales que reivindican un modelo turístico menos agresivo para la ciudad... Barcelona será la primera ciudad en España en regular el alquiler de habitaciones para uso turístico en las viviendas.

La CNMC se muestra, sin embargo, totalmente a favor de que las Comunidades Autónomas permitan la cesión de estancias con finalidad turística en viviendas particulares. Es cierto que, hasta el momento, la CNMC ha adoptado un papel activo en la defensa de la economía colaborativa, demostrando que su postura es favorable a su existencia y a su no regulación.

En este sentido, sostiene que tras realizar una labor de seguimiento y revisión del conjunto de la normativa existente al efecto, en aras de la promoción de la competencia y una regulación económica suficiente, no debería someterse a regulación ya que, de forma general, perjudicaría a los consumidores y al interés general, además de suponer un obstáculo a la competencia efectiva. Así ha quedado claro tras la interposición de sendos recursos contra los Decretos de Madrid y Aragón».

<sup>62</sup> En general el alquiler por habitaciones no tiene regulación. Cataluña ha dictado el Plan especial urbanístico de alojamientos turísticos (PEUAT) de 27 de enero, vigente desde su publicación en el BOPB el 6 de marzo de 2017. En él se prevé el ámbito de aplicación, la determinación de las condiciones del plan urbanístico, la determinación de zonas según el plan urbanístico con distancias mínimas entre los alojamientos y el desarrollo de un censo de alojamientos. En Galicia, en el Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en

la Comunidad Autónoma de Galicia. se permite el alquiler de habitaciones si el dueño vive en el inmueble, rigiéndose entonces por el derecho privado, al quedar fuera de las viviendas turísticas. Más reciente es la Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas, que prohíbe el alquiler de pisos a turistas hasta la determinación de zonas y condiciones según la ordenación urbanística —será cada ciudad quien permita o prohíba dicho alquiler— y en su artículo 50 prevé que, en el apartado 15: «*Las estancias turísticas reguladas en este capítulo son incompatibles con la formalización de contratos por habitaciones o con la coincidencia en la misma vivienda de personas usuarias que hayan formalizado contratos diferentes, sin perjuicio de la regulación de estancias turísticas en habitaciones que se pueda establecer*». El Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León, en su artículo 2, excluye de su ámbito de aplicación «*el subarriendo parcial de vivienda, el derecho de habitación*».

<sup>63</sup> DE LA ENCARNACIÓN, A. M. (2016). El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales, *ob. cit.*, 36. «*la normativa autonómica no difiere en demasía en la regulación prevista sobre cesión del inmueble al completo, que es el primero de los requisitos que se establece por todas las Comunidades Autónomas, sin que quepa la posibilidad del arrendamiento turístico por estancias o habitaciones. Esta vivienda, por otro lado, no cabe que sea, en ningún caso, la residencia habitual del propietario, como ocurre en Madrid o en Barcelona, donde tampoco se permite convertir en HUT la primera vivienda. Una de las cuestiones que mayor problema de interpretación ha acarreado es la que se refiere a la manera de ofertar este alojamiento, ya que en general, se establece que debe hacerse a través de canales de oferta turística sin que quepa la publicidad directa por parte del propietario. Uno de los motivos que se apunta es que el consumidor pueda pedir responsabilidades a la agencia de viajes, que normalmente será más accesible, frente a la dificultad y coste que supondría reclamar a un proveedor, por ejemplo, de alojamiento en destino, gracias a la Directiva (UE) 2015/2302, sobre viajes combinados.*

*Baleares fue pionera al establecer la primera ley turística que regulaba este tipo de estancias vacacionales ya en 2005, gracias a la Ley de comercialización de estancias turísticas en viviendas, permitiendo su comercialización siempre que su publicidad fuera gestionada exclusivamente a través de los canales de comercialización turística. También Valencia exige que la cesión de uso sea hecha a través de internet, o de gestoras u operadoras turísticas para poder ser reguladas a través del Decreto 92/2009, de 3 de julio y el Decreto 206/2010, de 3 de diciembre; para poder ofertarse a través del propietario de la vivienda, este debe dedicarse a la prestación de servicios propios de la industria hotelera, situación que no se da en Barcelona, ya que las HUT pueden ser comercializadas a través de canales de oferta turística, pero también por su propietario.*

*En Aragón, el Decreto 80/2015, de 5 de mayo, sobre viviendas de uso turístico, establece la presunción de que se trata de viviendas turísticas cuando se den los requisitos de promoción o comercialización a través de canales de oferta turística y el periodo no sea superior a 30 días.*

*Sobre los requisitos a nivel administrativo, la mayor parte de las Comunidades han optado por la presentación de declaración responsable para solicitar su puesta en marcha (Madrid, Valencia o Aragón), no así en Cataluña, donde debe presentarse comunicación previa de inicio de actividad ante el Ayuntamiento competente. A continuación, es necesaria la inscripción de la vivienda en el registro correspondiente, siendo obligatorio que el número de inscripción se haga constar en toda publicidad de la vivienda; en Madrid es el Registro de Empresas Turísticas. En Cataluña es el Registro de Turismo de Cataluña. En Valencia es el Registro de empresas, establecimientos y profesiones turísticas de la Comunidad Valenciana (Decreto 75/2015, de 15 de mayo).*

*Pero no son estos los únicos requisitos necesarios para poder ofertar una vivienda turística. En cuanto al número de pernoctas que puede llevarse a cabo, se han establecido*

periodos que varían desde las 5 noches que, como mínimo, establece Madrid, hasta un máximo de 31 días en Barcelona y en Aragón. Asimismo, en determinadas Comunidades el turista está obligado al pago de la tasa turística, que suele incluirse en el precio del alojamiento cuando se trata de hospedaje reglado. En Barcelona, estas cesiones de uso no eximen del pago del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos, que habrá de hacerse al final de cada estancia con la entrega previa de la factura por parte del propietario de la vivienda, que está obligado a presentar posterior liquidación ante la Agencia Tributaria. Por otro lado, también se exige disponer de cédula de habitabilidad, sin que el alquiler turístico pueda excederse del número de plazas indicadas en la misma; pero también estar amueblada de forma suficiente y disponer de los enseres y aparatos necesarios para su inmediata ocupación.

En Valencia deben disponer de la licencia de primera ocupación. En esta misma Comunidad se ha planteado un problema adicional, como es el de la necesidad o no de licencia ambiental prevista en la Ley 6/2014, de 25 de julio, de prevención, calidad y control ambiental de actividades de la Comunidad Valenciana. El Decreto 206/2010, de 3 de diciembre, por el que se modifican los decretos reguladores del alojamiento turístico, establece que, para la puesta en funcionamiento del alojamiento turístico se requiere (art. 24) que quede constancia de que el solicitante tiene a su disposición el certificado de compatibilidad urbanística y que cuenta con las autorizaciones exigidas —urbanísticas, ambientales y de apertura—. Esta circunstancia ha sido aprovechada por la Administración valenciana para paralizar esta actividad de cesión turística cuando no se hubiese solicitado dicha licencia, midiendo con el mismo rasero la oferta turística reglada y la no reglada. Los tribunales valencianos, sin embargo, se han desmarcado de esta tendencia al establecer la innecesariedad de esta licencia, por no encontrar indicios de potencial afección al medio ambiente cuando se trata de cesión de uso de viviendas turísticas.

En todo caso, en otros países, la regulación es local especialmente referida a número de noches máximo y pago de tasas, bien federal —USA—, o a nivel de Ayuntamiento —Amsterdam, Hamburgo, Berlín, Londres—, imponiendo límites de objeto y tiempo.

Sobre el tema, de gran interés: La economía colaborativa y la vivienda turística no reglada. El caso de Valencia. (2017). Unión hotelera, Valencia. [En línea] <http://www.asolan.com/wp-content/uploads/2017/02/2017-Informe-Union-Hotelera-003.pdf>. 2017.

<sup>64</sup> En Madrid: Según la Concejalía de Desarrollo Urbano Sostenible, se trabaja por la vía de hecho, como otras ciudades —Amsterdam— negociando directamente con las operadoras, Airbnb o similares, para establecer un protocolo de actuación o de regulación en torno a la vivienda turística, con vista también al desarrollo urbanístico de la ciudad.

Hay tres medidas que Madrid quiere extrapolar del ejemplo de Amsterdam: 1. Establecer un máximo de tiempo, «de manera que defines 60 días, 120 días, lo que sea, y con la operadora pactas que cuando una vivienda o habitación supera esos días al año, sale de la web, de manera que se retira de la oferta hasta el año siguiente»; 2. Garantizar que sea el propietario de la vivienda quien alquile, no una empresa, «esto permite que la gente que está completando su hipoteca o llegando a fin de mes alquilando su casa pueda seguir haciéndolo, pero impide que alguien pueda montar una empresa de alojamiento turístico sin pagar impuestos, sin cumplir normativa, etcétera»; 3. Implantar tasas turísticas para viviendas turísticas, no para el hotel, que ya paga impuestos, ya paga tasas. La vivienda turística no paga impuestos. En otras ciudades centroeuropeas, e incluso en algunas americanas, de acuerdo con las operadoras, se ha hecho que una parte del beneficio del arrendador revierta en el municipio». [https://www-elconfidencial-com.cdn.ampproject.org/c/www.elconfidencial.com/amp/empresas/2017-04-15/madrid-tasa-viviendas-turisticas-airbnb\\_1366504/](https://www-elconfidencial-com.cdn.ampproject.org/c/www.elconfidencial.com/amp/empresas/2017-04-15/madrid-tasa-viviendas-turisticas-airbnb_1366504/)

La Comunidad de Madrid está modificando el decreto de regulación de las viviendas de uso turístico, aprobado en julio de 2014. Entre las novedades de este decreto está eliminar el requisito mínimo de contratación por tiempo inferior a 5 días —en cumplimiento de la STSJ de Madrid 302/2016 de 2-6; crear un certificado de Idoneidad para Vivienda de Uso Turístico (CIVUT), un documento técnico cuya finalidad es garantizar al usuario de la vivienda en la

que va a alojarse que esta cumple con unos parámetros determinados de seguridad, ventilación, agua y energía, que deberá realizarse por un «profesional acreditado». Esta propuesta de decreto además introduce la posibilidad de prohibir la implantación de viviendas de uso turístico en las comunidades de propietarios cuando sus estatutos así lo recojan de forma expresa, o que las plataformas de viviendas turísticas estén sujetas al régimen sancionador de la Ley de Ordenación del Turismo cuando incumplan las normas básicas de convivencia. Junto a los Ayuntamientos, el Gobierno regional incrementará las inspecciones para evitar los apartamentos no registrados —en la actualidad la práctica mayoría—, lo que previsiblemente tendrá como consecuencia un aumento de las sanciones. El texto también contempla que se elimine el requisito de contratación de estas viviendas por un tiempo inferior a cinco días (atendiendo al requerimiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid) y desaparece además el concepto de «habitualidad» y el plazo mínimo de tres meses que se exigía para el ejercicio de la actividad turística. En el nuevo decreto se introducen de forma específica nuevas obligaciones de los titulares o propietarios con la finalidad de mejorar la calidad turística y la seguridad ciudadana, como tener contratado un seguro de responsabilidad civil, disponer de hojas de reclamación o respetar la ratio de capacidad de personas que se pueden alojar en función de las dimensiones de la vivienda.

Se establece además la obligación de los propietarios de remitir a la Dirección General de la Policía la información relativa a las personas alojadas en sus inmuebles.

Otros de los requisitos que se pedirá a las viviendas de uso turístico en la nueva regulación es que dispongan de un extintor manual, a no más de 15 metros de la puerta de salida de la vivienda, señalización básica de emergencia indicando la puerta de salida así como de un plano de evacuación del edificio y de la vivienda en un lugar visible.

Finalmente, se hace una remisión expresa a la Ley de Ordenación del Turismo relativa a los derechos y deberes de los usuarios de los alojamientos turísticos de forma que se establezca la obligación de cumplir las normas básicas de convivencia y cívicas (que el propietario deberá comunicar al inquilino) y se alude a las consecuencias que tendrá el incumplimiento de las citadas normas.

<sup>65</sup> Realidad y posibilidades del Consumo colaborativo (2014). ADICAE Andalucía diciembre 2014. [En línea] <http://www.consumoresponde.es/sites/default/files/articulos/Informe%20ADICAE%20Consumo%20Colaborativo%20Andalucia%20dic%202014.pdf>

<sup>66</sup> Consumo colaborativo y economía compartida. Una visión general y algunas experiencias en Aragón (2013). ECODES. <https://es.scribd.com/document/200955323/Consumo-colaborativo-y-economia-compartida-pdf>. 2013.

<sup>67</sup> En opinión también de COBO FERNÁNDEZ, V. (2017). Implicaciones fiscales del consumo colaborativo. Un análisis de la tributación del Airbnb. TFG UAB. [En línea] <http://ddd.uab.cat/record/170873>. *ob. cit.*, En todo caso, advirtiendo que tras el reconocimiento estatal, las CCAA procederían a regular los aspectos administrativos.

<sup>68</sup> También coincide con esta opinión: MOYA BALLESTER, J. (2016). Una aproximación al régimen legal aplicable en el ámbito del turismo colaborativo. *International Journal of Scientific Management and Tourism*. Vol. 2,1, 373. Se refiere a los supuestos como asimilados al contrato de hospedaje o al arrendamiento de vivienda de corta duración. Denomina las relaciones con la plataforma: verticales y a las de anfitrión y huésped: horizontales.

<sup>69</sup> Hay autores partidarios de que pueda serlo el propietario o titular del derecho de uso sobre el mismo —arrendatario, por ejemplo, siempre que consienta el arrendador: MOYA BALLESTER, J. (2016). Una aproximación al régimen legal aplicable en el ámbito del turismo colaborativo. *Ob. cit.*, 375.

<sup>70</sup> Así se manifiesta ROMÁN MÁRQUEZ, A. (2014). Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamientos urbanos. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 6/2014, 6; y GÓMEZ PERALS, M. (2015). El arrendamiento turístico y la información territorial al servicio del ciudadano. *RDP* núm. 4/2015, 34 y sigs.: Incide en la necesidad de concretarlos: derechos y deberes, infracciones y sanciones, condiciones de la oferta. Propone la coordinación e información y aclaración respecto del estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria.

<sup>71</sup> QUICIOS MOLINA, M.S. (2013): Del contrato de arrendamiento. *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), tomo VIII, Valencia, Tirant lo Blanch 2013, 10921 y sigs.

<sup>72</sup> BOTELLO HERMOSA, J.M. (2016). El contrato de arrendamiento de habitación: la problemática de su regulación. ¿Ley de Arrendamientos urbanos o Código Civil? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 754/2016, 1003 y sigs.

Sobre el derecho de habitación y su flexibilidad real ha escrito recientemente GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2017). Determinación del derecho de habitación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763/2017, 2646 y sigs.

<sup>73</sup> Muy interesante el artículo de NASARRE AZNAR, S. (2016). La eficacia de la Ley 4/2013, de reforma de los arrendamientos urbanos, para aumentar la vivienda en alquiler en un contexto europeo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 747/2015, 205 y sigs. Realiza un estudio en países europeos del Sur (España, Portugal, Malta) y Norte (Suiza, Alemania, Austria) de Europa, ya que el alquiler presenta grandes diferencias entre ambos en su aplicación práctica y teórica.

Advierte que en España la tasa de alquiler es muy baja... hay dificultades de alcanzar el equilibrio entre las posiciones jurídicas del contrato: arrendatario: hogar, frente a arrendador: uso y ganancia. Se incide en que el primero precisa seguridad y estabilidad, el segundo una previsión de desahucio rápido y garantías que aseguren el pago de la renta.

Para el fomento del arrendamiento propone varias medidas:

A FAVOR DE ARRENDADOR: Planes de rehabilitación y regeneración con subvenciones, rehabilitación a cambio de renta, más aún tras la obligatoriedad de los certificados de eficiencia energética. Mayores garantías legales y fianzas: constitución de garantía a favor del arrendador sobre los bienes muebles depositados en la vivienda, para el caso de impago. Agilizar el proceso de desahucio en caso de impago, y prever más recursos para los tribunales competentes —especiales—. Previsión de métodos alternativos de resolución de conflictos.

A FAVOR DE ARRENDATARIO: Asequibilidad: favorecer el equilibrio en la renta, necesario para el arrendatario —posibilidad de articular sistemas de control de renta—. Mayor control de la repercusión de gastos y coste en el arrendamiento. Mayor estabilidad del arrendamiento: duración mínima y posibilidad de pactar su carácter indefinido. Carácter personal del contrato, con implicaciones o efectos reales; revisión de los derechos de adquisición preferente a favor de arrendatarios. Mayor flexibilidad del contrato: admisibilidad de cesión y subarriendo, desistimiento anticipado sin pago de renta pero con respeto al plazo legal.

Concluye el autor afirmando que «*Los arrendatarios en Suiza, Alemania y Austria, siempre que cumplan sus obligaciones, tienen más estabilidad y flexibilidad (libertad) que en los países euromediterráneos estudiados y es un tipo de tenencia destinada a ser más asequible*».

<sup>74</sup> LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS 29/1994: —*Los objetivos y finalidad de la Ley no responden al supuesto—*

*Artículo 2. Arrendamiento de vivienda.* 1. Se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario.

*Artículo 3. Arrendamiento para uso distinto del de vivienda.* 1. Se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior.

2. En especial, tendrán esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea esta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualesquiera que sean las personas que los celebren.

*Artículo 4. Régimen aplicable.* 3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el título III de la presente ley —arrendamientos de temporada— y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil.

*Artículo 5. Arrendamientos excluidos.* e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial.

*Artículo 9. Plazo mínimo.* 1. La duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes. Si esta fuera inferior a tres años, llegado el día del vencimiento del contrato, este se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de tres años...

Sobre el tema: SERRA RODRÍGUEZ, A (2016). Del contrato de arrendamiento. En Cañizares, De Pablo, Orduña, Valpuesta (dir.). *Código Civil comentado* (2016), 2ª Ed, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 350. BLANCO CARRASCO, B. (2013). La reforma de la Ley de arrendamientos urbanos a través de la Ley 1/2013 de 4 de junio. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4/2013, 607-654. DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2013). La reforma en la regulación del contrato de arrendamiento urbano de vivienda de junio de 2013. *Actualidad Civil*, núm.11/2013, 1261. BERROCAL LANZAROT, A.I. (2013). Análisis de la Ley 4/2003, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. *Actualidad Civil*, núm. 7-8/2013, 850. MOYA BALLESTER, J. (2016). Una aproximación al régimen legal aplicable en el ámbito del turismo colaborativo. *Ob. cit.*, 377. También una breve referencia, con remisión a otros autores, en ÁLVAREZ OLALLA, P., CÁMARA ÁGUILA, P., COSTAS RODAL, L., MORALES IMBERNÓN, N., y QUICIOS MOLINA, S. (2013). Contratos de cesión temporal de uso y disfrute. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Tratado de Contratos* tomo II (2013). Valencia: Tirant lo Blanch, 2645 y sigs.

<sup>75</sup> En concreto, se refiere a ambas opciones: arrendamiento para uso distinto de vivienda, o arrendamiento de vivienda turística: GÓMEZ PERALS, M. (2015). El arrendamiento turístico y la información territorial al servicio del ciudadano. *Ob. cit.*, 25 y sigs. Estudia especialmente el supuesto del artículo 5.e), incluido en 2013, que requiere vivienda completa, completamente equipada, ofrecida en canales turísticos con fin lucrativo, y sometida a una norma sectorial previa; en este caso la LAU excluye su aplicación y se remite a la normativa turística sectorial. En principio, según el Plan Nacional del Turismo 2012-2015, la pretensión de la exclusión era la armonización de normas, el aumento de la calidad del alojamiento y el cumplimiento de las normas. Se observa la dificultad de armonización real, las consecuencias de la exigencia de licencias y restricciones excesivas al propietario, la exclusión del ámbito del derecho de consumo, y la posible *alegalidad* y fraude de ley. Además, indica que la exclusión de la LAU a favor de una norma inexistente puede llevar al recurso al del Código Civil como supletorio, que en algunos casos el recurso será al derecho foral y en otros no; a lo que se añade la dificultad de coordinar la variada normativa en el sector turístico.

También muy crítica con la reforma, que invita a pensar en razones financieras —tributos autonómicos— o beneficios a favor de ciertos lobby —hoteleros—, se expresa GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2013). El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler. *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 6/2013, 181.

<sup>76</sup> ROMÁN MÁRQUEZ, A (2014). Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamientos urbanos. *Ob. cit.*, 1 y sigs.

<sup>77</sup> MARTOS CALABRUS, MA (2014). El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo 5 de la LAU por la Ley 4/2013. *Revista de Derecho Civil*, núm. 1/2014, [En línea]. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, 91 y sigs. Se manifiesta de acuerdo con esta autora: GUILLÉN NAVARRO, NA (2015). La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español. *Ob. cit.*, 117. También MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. (2014). La cesión del uso de la vivienda a no residentes: contrato de alojamiento (de estancias turísticas) en viviendas y el contrato de arrendamiento de temporada, conforme a la Ley del Turismo de las Islas Baleares tras la reforma de la LAU. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 15/2014, 157.

<sup>78</sup> También presenta como opción el subarriendo, rechazada porque el titular que cede el alojamiento colaborativo no es el arrendatario: MOYA BALLESTER, J. (2016). Una aproximación al régimen legal aplicable en el ámbito del turismo colaborativo. *Ob. cit.*, 378.

<sup>79</sup> MOYA BALLESTER, J. Una aproximación al régimen legal aplicable en el ámbito del turismo colaborativo. *ob. cit.*, 373.

<sup>80</sup> Arrendamiento de vivienda habitable para un uso distinto de la necesidad permanente de vivienda, temporalidad que afecta al uso no a la duración del contrato, en el ámbito de la causa del contrato: BOTELLO HERMOSA, J.M. (2016). Los arrendamientos por temporada en la Ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 756/2016, 1966, 1989. Desarrolla ampliamente las características de este contrato: MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. (2014). La cesión del uso de la vivienda a no residentes: contrato de alojamiento (de estancias turísticas) en viviendas y el contrato de arrendamiento de temporada, conforme a la Ley del Turismo de las Islas Baleares tras la reforma de la LAU. *Ob. cit.*, 160 y sigs. También FELIU AMENGUAL, B. (2014). Arrendamientos urbanos: de la Ley estatal 4/2013 a la Ley General Turística. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, núm. 15/2014, 177 y sigs.

<sup>81</sup> Debe cumplir varios requisitos: vivienda completa, en condiciones de uso inmediato, comercializada en canales de oferta turística, con finalidad lucrativa, sometida a una normativa sectorial específica.

Por ello, si se trata de relación entre particulares, sin comercializar en canales de oferta turística, no estaríamos en este supuesto sino en el de arrendamiento de temporada.

<sup>82</sup> Puede citarse como ejemplo el supuesto catalán, contenido en el Decreto 159/2012, que incorpora datos interesantes: vivienda completa, con un límite de días al año, y de alquileres al año. Se somete la vivienda a requisitos técnicos, inscripción de un registro, respeto a los usos del sector y normas de la comunidad de propietarios, régimen sancionador. Se incentiva a los Ayuntamientos mediante la participación en la tasa turística. También el valenciano, del Decreto 92/2009, aunque este exige la habitualidad y criterios subjetivos: cesión por empresas gestoras de viviendas —al menos 5 viviendas—, prestación de servicios complementarios, y solo si se recurren a través de canales de comercialización turística. Lo que no responda a estos requisitos puede acudir al arrendamiento por temporada de la LAU, pero el arrendador debe advertirlo al usuario.

<sup>83</sup> MARTOS CALABRUS, M.A. (2014). El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo 5 de la LAU por la Ley 4/2013. *Revista de Derecho Civil*, núm. 1/2014, [En línea]. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, *Ob. cit.*, 101; MONTES RODRÍGUEZ, M.P. (2016). El arrendamiento turístico en la comunidad valenciana. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4/2016, 215 —indica que sería el arrendamiento de cosa, inmueble urbano, regulado por el del Código Civil y descrito en él en el artículo 1543... y con carácter supletorio, las normas contempladas en los artículo 1546 y sigs. del Código Civil.

<sup>84</sup> BOTELLO HERMOSA, J.M. (2016). Los arrendamientos por temporada en la Ley 29/1994 de 24 de noviembre de arrendamientos urbanos. *Ob. cit.*, 1981.

<sup>85</sup> MONTES RODRÍGUEZ, M.P. (2016). El arrendamiento turístico en la comunidad valenciana. *Ob. cit.*, 210.

<sup>86</sup> ROMÁN MÁRQUEZ, A. (2014). Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamientos urbanos. *Ob. cit.*, 6 y sigs. También advierte de la importancia de considerar consumidor al usuario de vivienda: MONTES RODRÍGUEZ, M.P. (2016). El arrendamiento turístico en la comunidad valenciana. *Ob. cit.*, 202.

<sup>87</sup> GUILLÉN NAVARRO, N.A. (2015). La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español. *Ob. cit.*, 120 y sigs.

<sup>88</sup> Los artículos 1546 y sigs. sobre sujetos, objeto y contenido del contrato, así como extinción del mismo. Favorable a esta opción se manifiesta BOTELLO HERMOSA, J.M. (2016). El contrato de arrendamiento de habitación: la problemática de su regulación. ¿Ley de Arrendamientos urbanos o Código Civil? *Ob. cit.*, 1002. Analiza las razones de la exclusión

de la LAU en detalle, con el estudio de los artículos de la misma, por incompatibilidad entre el objeto y causa del contrato sometido a la LAU con la cesión de una habitación, y de la jurisprudencia favorable a cada una de las opciones posibles. Los artículos del Código Civil que considera son: 1542-1574; 1580-1583.

<sup>89</sup> MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. (2014). La cesión del uso de la vivienda a no residentes: contrato de alojamiento (de estancias turísticas) en viviendas y el contrato de arrendamiento de temporada, conforme a la Ley del Turismo de las Islas Baleares tras la reforma de la LAU. *Ob. cit.*, 166. Alude al régimen legal: normas administrativas de ordenación turística, del Código Civil sobre huésped y hostelero, y supletoriamente las de arrendamiento de cosa y servicios y depósito necesario del Código Civil.

<sup>90</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M. (2014). Contratos turísticos, de alojamiento de personas y avituallamiento. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Tratado de Contratos* tomo IV (2014). Valencia: Tirant lo Blanch, 5487 y sigs.; REPRESA POLO, M.P., y DE HARO IZQUIERDO, M. (2014): Los contratos de hospedaje y reserva de alojamiento, *Contratos*, YZQUIERDO TOLSADA (dir.). tomo V, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi 2014, 339 y sigs.

<sup>91</sup> MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. (2014). La cesión del uso de la vivienda a no residentes: contrato de alojamiento (de estancias turísticas) en viviendas y el contrato de arrendamiento de temporada, conforme a la Ley del Turismo de las Islas Baleares tras la reforma de la LAU. *Ob. cit.*, 156.

<sup>92</sup> SAN JULIÁN PUIG, V. (2011). El contrato de hospedaje ¿derecho común del alojamiento? *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 27, 2011, 119 y sigs. También los distingue: MOYA BALLESTER, J. (2016). Una aproximación al régimen legal aplicable en el ámbito del turismo colaborativo. *Ob. cit.*, 377.

<sup>93</sup> Tanto la doctrina como la jurisprudencia son partidarias de calificar el contrato de hospedaje como contrato mixto en el que se combina arrendamiento de cosa, contrato de servicios y depósito. Se habla de su carácter de «*contrato nominado pero atípico ya que carece de regulación propia tanto en el Código de Comercio como en el Código Civil y únicamente en la abundantísima reglamentación administrativa relativa a turismo aparece con importancia destacada. En efecto, en tan solo cuatro artículos sueltos el Código Civil hace referencia a este contrato: dos de ellos —artículos 1783 y 1784— en sede de depósito; uno —artículo 1922,5— relativo a créditos preferentes; y otro —artículo 1967,4— sobre prescripción. Esto por lo que se refiere a la regulación concreta, porque también es cierto que, con carácter general, a este contrato se le ha de aplicar lo dispuesto por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y usuarios, en lo que el hospedaje tiene que ver con los derechos de los consumidores y usuarios y en lo relativo a responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; también se le aplica lo dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; y, por último, lo dispuesto en las normas generales que, sobre contratación en general y obligaciones, contiene el Código Civil... la relación que media entre el prestador del servicio —el hotelero— y el cliente, se articula por medio de un contrato y es al Derecho privado, en este caso al Código Civil y demás leyes complementarias a las que se ha hecho referencia más arriba, a quien corresponde dotar de contenido a esta relación contractual y ello con independencia de si a esa relación contractual se ha llegado sin intermediarios (contrato de consumo directo, realizado entre el hotelero y el cliente) o si se ha llegado a través de su mediación (contrato de consumo de mediación, a través de una Agencia de Viajes; o contrato turístico interempresarial, a través de una Agencia Mayorista Tour Operador)... estamos ante una realidad que enlaza tres aspectos importantes, aspectos que, de alguna manera, dan unidad a este contrato. Esos tres aspectos son la idea de actividad, de empresa y de servicio... El alojamiento hotelero está prestado por empresas que se dedican de manera profesional y habitual a proporcionar albergue a cambio de precio... Alojamiento extra hotelero: apartamentos turísticos: son los establecimientos destinados a prestar el servicio de alojamiento turístico, de ahí que sean*



ofertados al público para su utilización temporal o estacional. En algunas legislaciones se les conoce y nombra como «viviendas turísticas vacacionales»... de vivienda completa... es arrendamiento de temporada... aprovechamiento por turnos... campings... casas rurales... ciudades de vacaciones... albergues... alojamiento en habitaciones en casas particulares... es posible hablar del hospedaje como una categoría contractual unitaria aplicable a todas las realidades que se acogen bajo la categorización de alojamiento hotelero y extra hotelero, dadas las características comunes que comparten... Todas ellas responden al concepto genérico de hospedaje o alojamiento en su sentido más genuino, recogido por el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua: (hospedaje) alojamiento y asistencia que se da a una persona; (alojamiento) lugar donde una persona o grupo de personas se aloja, aposenta o acampa. Nos encontramos pues con un contrato clásico, ya que el Código Civil lo contempla desde sus orígenes, pero con unos contenidos y tipologías en los que cristalizan las necesidades actuales de una sociedad moderna, en la que el ocio ocupa un lugar destacado. Se trata pues, de actualizar este contrato tipo tan escasamente regulado por el Código Civil. Hoy ya no hay «fondas y mesones», ni tampoco «fondistas», «mesoneros», ni «posaderos» y no se trata simplemente de hacer una adaptación terminológica a la realidad actual. El problema y reto es, ante la ausencia o laguna de normativa específica, lograr la integración actual de ese contrato clásico... contrato de adhesión... encontrar una categoría unitaria (y unificar aspectos comunes: garantía de prestaciones, sistema de protección o responsabilidad y deberes de información o transparencia): SAN JULIÁN PUIG, V. (2011). El contrato de hospedaje ¿derecho común del alojamiento? *Ob. cit.*, 119 y sigs. Advierte también de la distinción inicial entre hospedaje civil y mercantil en función de la nota de profesionalidad, finalmente resuelta a favor de la Mercantilidad y el recurso al del Código Civil como derecho común, pese a la abundante regulación administrativa en razón de su incidencia en el sector turístico. NAVARRETE, A. (1958). Contrato de hospedaje y negocio de hostelería. *Revista de Derecho Mercantil* núm. 70/1958, 1 y sigs.

<sup>94</sup> A favor de la de servicios, frente a la mayoritaria: CASTAÑOS CASTRO, P (2014). Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. num.6/2014, 1-13. La mayoritaria admitida por doctrina y jurisprudencia: A nivel jurisprudencial, la STS de 20 de junio de 1995 (RJ 1995, 4932)\_nos recuerda que el contrato de hospedaje es un contrato de naturaleza compleja y de tracto sucesivo en el que «se combina arrendamiento de cosas (para la habitación o cuarto), arrendamiento de servicios (para los servicios personales), de obra (para comida) y depósito, para los efectos que introducen... un contrato mixto o complejo en el que el hostelero se compromete a llevar a cabo a favor del cliente distintas prestaciones, siendo las más significativas el arrendamiento de cosa, manifestado en la transmisión del goce y uso de la habitación de hotel, y el arrendamiento de servicios... Y esto es precisamente lo que trataremos de defender: lejos de ser un contrato complejo, el contrato de hospedaje es, en puridad, un contrato de servicios, en el que, a pesar de la diversidad de prestaciones, la profesionalidad que caracteriza al hostelero las convierte, a todas ellas, junto a otros factores que analizaremos a continuación, en servicios a favor del consumidor». Y ello tras analizar los deberes del contrato: custodia o depósito, alojamiento —diferente del arrendamiento de cosa por la nota de exclusividad de este inexistente en el hospedaje; diferente del aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles que es un contrato típico cuya causa es el intercambio del uso de una cosa más los servicios a cambio de un precio sin que los servicios sea causa esencial concluyendo que decisión de contratar el hospedaje no viene determinada por la cesión del uso de un bien inmueble, sino por la prestación continuada de unos servicios, entre los que se engloba, claro está, el servicio de alojamiento-manutención.

<sup>95</sup> Algunos autores se manifiestan a favor de la función esencial de mediación: MOYA BALLESTER, J. (2016). Una aproximación al régimen legal aplicable en el ámbito del turismo colaborativo. *Ob. cit.*, 374 y sigs. Así se refiere a funciones esenciales de intermediación, custodia de depósito, junto con otras de información propias de una red social —verificación datos, comentarios—. Sobre mediación, de interés: ARGUDO PÉRIZ, J.L.; SESMA SÁN-

CHEZ, B. (2014). El contrato de mediación o corretaje. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Contratos* tomo IV (2014). Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 571 y sigs.

<sup>96</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2013). Del arrendamiento de obras y servicios. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentarios al Código Civil* tomo VIII (2013). Valencia: Tirant lo Blanch, 11171-11214. SERRA RODRÍGUEZ, A. (2016): Del arrendamiento de obras y servicios. En Cañizares, De Pablo, Orduña, Valpuesta (dir.), *Código Civil comentado* (2016), 2ª Ed, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 454. ALONSO PÉREZ, M.T.; ALMAGRO MARTÍN, C. (2014). El arrendamiento de servicios. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Contratos* tomo IV (2014). Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 51 y sigs.

<sup>97</sup> BARRIO GALLARDO, A., ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J. (2014). El contrato de mandato. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Contratos* tomo IV (2014). Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 373 y sigs. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., y RIBES RIBES, A. (2014): El contrato de mandato. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Contratos* tomo IV (2014). Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 477 y sigs.

<sup>98</sup> Solo a partir de la celebración del contrato los efectos se producirán entre mandante y tercero —1717 del Código Civil—. En caso de extralimitación: el mandatario se obliga si ratifica expresa o tácitamente. Si no hay ratificación, el mandatario es responsable frente al tercero, al que habrá de indemnizar si ha traspasado los límites del mandato.

<sup>99</sup> RD 235/2013 de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, modificado por el Real Decreto 564/2017, de 2 de junio. En particular la disposición transitoria única. «*Obtención del certificado y obligación de exhibir la etiqueta de eficiencia energética en edificios protegidos oficialmente. 1. La presentación o puesta a disposición de los compradores o arrendatarios del certificado de eficiencia energética de los edificios protegidos oficialmente que no estén excluidos por el artículo 2. 2, a) del Procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, aprobado por Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, será exigible para los contratos de compraventa o arrendamiento celebrados una vez transcurrido el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del presente real decreto.*».

<sup>100</sup> Así puede verse: GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2017). Determinación del derecho de habitación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763/2017, 2652 y sigs.: «*El principio de especialidad consiste en definir o especificar todos los elementos de la relación jurídico-registral, entendiéndose por esta todas las situaciones jurídicas inscribibles, es decir, aquellas susceptibles de ser inscritas y oponibles. Ello implica que tanto el sujeto (titular registral), como el objeto inscribible (finca y derecho), así como las diversas y múltiples circunstancias particulares que nos sirven para identificar las situaciones inscribibles y diferenciarlas de otras, deben estar perfectamente descritas en el asiento registral. Se trata, en teoría, de un principio de carácter formal, pero, creemos que tiene un contenido material importante, ya que es el fundamento, el que hace posible, el principio de publicidad registral. Solo si las situaciones inscribibles están perfectamente descritas y detalladas podrán ser conocidas y oponibles frente a terceros.*».

También puede consultarse: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (1994). El principio de especialidad registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625/1994, 2389 y sigs.; y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2005). *El principio de especialidad registral*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

*(Trabajo recibido el 7-2-2018 y aceptado para su publicación el 9-3-2018)*



La libre circulación de las personas protegidas en Europa: la voluntad de la persona en la determinación de la ley aplicable a su protección\*

*The freedom of movement of protected persons in Europe: the will of the person in the choice of the applicable law*

por

MONTSERRAT PEREÑA VICENTE  
*Profesora Titular de Derecho civil*  
*Universidad Rey Juan Carlos*

*RESUMEN:* La libre circulación de las personas protegidas en Europa no ha sido objeto de especial atención por las instituciones comunitarias que no han aprobado una norma uniforme en materia de libre circulación de medidas de protección y de ley aplicable. El Convenio de La Haya, ratificado por algunos Estados, no ha sido, sin embargo, ratificado por España, aunque sí se ha modificado la ley aplicable a las medidas de protección que será ahora la de la residencia habitual y no la de la nacionalidad. Esta reforma no es suficiente para

---

\* Trabajo realizado en el marco de las actividades del Proyecto de investigación DER2015-64120-R de la Convocatoria 2015 del programa de Proyectos I+D+I Retos (MINECO/FEDER).

garantizar que se respete la voluntad de la persona en situaciones transfronterizas, ya que nuestra legislación no consagra una norma de conflicto específica en materia de poderes preventivos ni la posibilidad de realizar una *professio iuris*, que permita diseñar su protección eligiendo la ley que será aplicable.

*ABSTRACT: The freedom of movement of protected persons in Europe has not been given special attention by the European Union institutions that have not approved a uniform rule on the free movement of protective measures and applicable law. The Hague Convention, ratified by some States, has not been ratified by Spain, although the law applicable to protection measures has been modified, which will now be that of habitual residence and not of nationality. This reform is not enough to guarantee that the will of the person in cross-border situations is respected since our legislation does not establish a specific conflict of law rule in the matter of preventive powers nor the possibility of carrying out a *professio iuris*, that allows to design its protection choosing the law that will be applicable.*

**PALABRAS CLAVE:** Capacidad. Discapacidad. Ley aplicable. Poderes preventivos. Tutela-Convenio de La Haya. Apoyo en la toma de decisiones.

**KEY WORDS:** *Capacity. Disability. Applicable law. Preventive powers. Guardianship. Hague Convention. Supported decision-making.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ESTATUTO PERSONAL.—III. LA CAPACIDAD COMO CUESTIÓN PREVIA Y COMO CUESTIÓN CENTRAL.—IV. LA DETERMINACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO APLICABLE: LA CALIFICACIÓN: 1. EL CONFLICTO DE CALIFICACIÓN A TRAVÉS DE UN CASO DE LA PRÁCTICA. 2. CALIFICACIÓN, ADAPTACIÓN, ADECUACIÓN Y SUSTITUCIÓN. 3. LA APLICACIÓN DE LA LEY DESIGNADA POR LA NORMA DE CONFLICTO. 4. EL REENVÍO DE PRIMER GRADO.—V. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MATERIA DE CAPACIDAD: 1. DERECHO COMUNITARIO: A) *Los Reglamentos europeos en materia de Derecho civil.* B) *¿Hacia un Reglamento específico de protección de adultos vulnerables en la Unión Europea?* 2. EL CONVENIO DE LA HAYA: A) *Ámbito de aplicación personal.* B) *Ámbito de aplicación material.* C) *Competencia.* D) *Ley aplicable.* E) *Circulación de decisiones.*—VI. LA CAPACIDAD COMO CUESTIÓN PREVIA A TRAVÉS DE UN EJEMPLO: LA CAPACIDAD PARA HACER TESTAMENTO Y PARA ACEPTAR LA HERENCIA.—VII. LA EXCEPCIÓN DE «INTERÉS NACIONAL».—VIII. LA CAPACIDAD COMO CUESTIÓN CENTRAL: LOS DOS ASPECTOS QUE PRESENTA: 1. LA LEY APLICABLE

A LA DETERMINACIÓN DE LA INCAPACIDAD. 2. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE. 3. LA LEY APLICABLE A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN.—IX. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL.—X. LOS PROBLEMAS DE LA PRÁCTICA: LA OBLIGACIÓN DE CONOCIMIENTO Y LAS RECIENTES REFORMAS DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO: 1. LA OBLIGACIÓN DE CONOCIMIENTO: PRUEBA E INFORMACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO. 2. LA DIVERSIFICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN ¿OBSTÁCULO A LA LIBRE CIRCULACIÓN?—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Si el tratado de Maastricht supuso la consagración de la idea de ciudadanía europea, la creación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, contribuye a consolidar el derecho a la libre circulación de las personas. En el ámbito del Derecho civil vemos cómo poco a poco se construye este espacio europeo mediante la aprobación de diferentes reglamentos cuyo objetivo es la libre circulación de decisiones judiciales o extrajudiciales entre los países de la Unión Europea en materias como sucesiones, alimentos o régimen económico del matrimonio, o que, incluso, dan un paso más y unifican las reglas de conflicto para determinar la ley aplicable o crean un documento uniforme que facilite la circulación, como hace el Reglamento de sucesiones de 2012 al crear el certificado sucesorio europeo.

No existe, sin embargo, un reglamento europeo específico en materia de personas protegidas por lo que las cuestiones de capacidad y la libre circulación de las medidas de protección dependen de en qué medida podamos subsumirlas en alguno de los reglamentos existentes, o de las normas de Derecho internacional privado de cada Estado, sean internas o de origen supranacional.

La ausencia de una norma de conflicto unificada en todos los países de la Unión Europea dificulta la libre circulación, sobre todo si tenemos en cuenta que algunos países de Europa han ratificado el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de los adultos, y otros países no lo han ratificado, lo que provoca, como subraya FRANZINA<sup>1</sup>, una diversidad de soluciones normativas en muchos casos divergentes. Disparidades que, según el informe<sup>2</sup> del Parlamento Europeo de 3 de abril de 2017, pueden «ir en detrimento del derecho de los adultos vulnerables a circular libremente y a residir en el Estado miembro de su elección así como de la adecuada protección de su patrimonio cuando esté repartido entre varios Estados miembro».

España, como otros países de nuestro entorno, ha incorporado en las últimas décadas instrumentos que permiten que la voluntad de la persona sea la protagonista en el diseño de su protección para el caso de que llegue a perder la capacidad, ya sea designando la persona que será su tutor o curador, si se

llega a producir una modificación de su capacidad, o bien nombrando a un apoderado en previsión de su falta de capacidad. Sin embargo, si estas medidas no se acompañan de otras que permitan la libre circulación de las medidas de protección, que ellos han diseñado o creado, cuando se desplazan, se verá frustrada parte de la finalidad perseguida. Por ello, sin ánimo de llevar a cabo un estudio de Derecho internacional privado, que no es nuestra competencia, vamos a analizar en qué medida la voluntad de la persona en el diseño de su sistema de protección es respetada en las situaciones transfronterizas, fundamentalmente a través del estudio de la determinación de la ley aplicable en materia de capacidad y de los obstáculos teóricos y prácticos que la complejidad de la materia suscita.

España no ha ratificado el Convenio de La Haya pero en el año 2015, aprovechando la Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se reformó el artículo 9.6 del Código Civil que consagra ahora como criterio de conexión de las medidas de protección de las personas mayores la ley de la residencia habitual para, como indica la Exposición de Motivos de la Ley, adaptarlo a las normas internacionales. Como luego veremos, este es el criterio que sigue el Convenio de La Haya.

Esta opción por la residencia habitual como criterio de conexión supone un cambio respecto al criterio de la nacionalidad que es el que tradicionalmente ha consagrado el Código Civil para las cuestiones que integran el estatuto personal, incluyendo la tutela y demás instituciones de protección ya que, como establecía el artículo 9.6 en su anterior redacción, se aplicaba a las mismas la ley de la nacionalidad. Veamos con más detalle.

## II. EL ESTATUTO PERSONAL

Tal y como establece el artículo 9.1 del Código Civil, la ley personal de las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Y, en una visión tradicional y amplia del estatuto personal, que incluye la capacidad, el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte, este artículo determina que la ley de la nacionalidad será la aplicable a estas materias.

La idea del estatuto personal que consagra nuestro Código Civil en este artículo, responde a una concepción tradicional del mismo en el que confluyen diferentes caracteres como la permanencia, la indisponibilidad y la presencia de la noción de orden público. Como subraya PANET<sup>3</sup>, el ámbito del estatuto personal, tradicionalmente está impregnado de soberanía por lo que históricamente ha estado regido por normas de carácter imperativo y la autonomía de la voluntad estaba descartada, lo que en el plano del Derecho internacional privado se traducía por criterios de conexión imperativos, reflejo de la soberanía del Estado.

Sin embargo, en los últimos años esta visión monolítica se disgrega por varias razones. La primera es que se considera que no todas estas materias integran el estatuto personal o bien, que no todas las cuestiones que integran el estatuto personal tienen por qué estar sometidas a la misma ley. Así lo pone de manifiesto FADLALLAH, para quien el movimiento convencional de la Conferencia de La Haya ha dinamitado la unidad del estatuto personal<sup>4</sup>. Además, la distinción en un único asunto jurídico de la cuestión o cuestiones previas y la cuestión principal, supone también un foco de disgregación e, incluso, como subraya el mismo autor, supone la casi desaparición de la noción de estatuto personal<sup>5</sup>.

Otra razón es que se han aprobado normas, vinculantes para España, que desplazan el criterio de conexión de la ley aplicable de la nacionalidad a la residencia habitual, lo que hace que se desdibuje la característica de la permanencia. Así ha ocurrido con el Reglamento de sucesiones que, a falta de *professio iuris*, determina que la ley aplicable a la sucesión será la ley de la residencia habitual en el momento del fallecimiento, o, en el ámbito interno, con el párrafo sexto de este artículo 9 que, como ya hemos señalado, tras la reforma de 28 de julio de 2015 establece, en la materia que nos ocupa, que la ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad es la de su residencia habitual.

Pero, sobre todo, la cuestión se ha transformado al reconocerse cada vez mayor protagonismo a la autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable en ámbitos en los que anteriormente el criterio de conexión era imperativo, cuestión esta a la que nos referiremos con posterioridad.

Todo ello, sin que se haya modificado el párrafo primero del artículo 9, que sigue vigente, y ello por varios motivos. Primero, porque no debemos olvidar, que estas normas de conflicto se aplican también para resolver los conflictos internos de normas. Segundo, porque, en relación a la concreta cuestión de la capacidad, una cosa son las medidas de protección de las personas cuando no tienen plena capacidad y otra la capacidad en sí misma considerada, lo que nos obliga a analizar las cuestiones de la capacidad desde diferentes ángulos o perspectivas.

### III. LA CAPACIDAD COMO CUESTIÓN PREVIA Y COMO CUESTIÓN CENTRAL

La capacidad, desde el punto de vista de Derecho internacional privado, se puede analizar desde una doble óptica: como cuestión previa o como cuestión central.

La capacidad hay que analizarla como una cuestión previa o preliminar en diferentes negocios jurídicos o instituciones. Así, en el otorgamiento de un testamento, la liquidación de una herencia, la celebración de un matrimonio, de capitulaciones matrimoniales, en un divorcio, en la venta de un inmueble o el



reconocimiento de un hijo, por no citar más que alguno de los actos o negocios jurídicos en los que se exige una determinada capacidad para poder realizarlo. En estos supuestos, una cosa es la ley que se aplica al acto o al negocio de que se trate y otra la que se debe tener en cuenta para determinar la capacidad de los intervinientes u otorgantes para llevar a cabo ese concreto acto o negocio jurídico, que puede ser coincidente o diferente de la primera.

Como cuestión central o principal, se presenta cuando es necesario poner en marcha una institución de protección de la persona o cuando la persona ha de realizar un negocio jurídico y está bajo una medida de protección judicial o extrajudicial que se ha adoptado en un Estado y que ha de surtir efectos en un tercer Estado. O bien, cuando la persona pretende otorgar un documento en previsión de su propia incapacidad futura en un país del que no es nacional, con independencia de que tenga o no en el mismo su residencia habitual.

En ambos aspectos, la cuestión clave es la de la determinación de la ley aplicable. A los dos se refiere el Código Civil de manera separada y aportando diferente solución. Ya hemos visto cómo, el artículo 9.1 establece que la capacidad y el estado civil se rigen por la ley personal, que viene determinada por la nacionalidad y el número 6 del mismo artículo 9 determina en su párrafo segundo que «la ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual». Posteriormente veremos a qué cuestiones se aplica cada uno de estos criterios y las consecuencias de que concurran dos criterios de conexión diferentes para cuestiones tan próximas.

La problemática de la ley aplicable es a la que dedicaremos la mayor parte de este estudio, pero no es la única que tiene incidencia en la materia que nos ocupa. Así, también abordaremos, aunque con menor intensidad, la cuestión de la competencia judicial y de la circulación internacional de las medidas de protección y comenzaremos por una breve referencia a la cuestión previa a todas ellas de la calificación.

#### IV. LA DETERMINACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO APLICABLE: LA CALIFICACIÓN

En la técnica de la búsqueda de la ley aplicable, lo primero que hay que detectar es la norma de conflicto apropiada para, en un segundo momento, aplicar el criterio de conexión que designe la misma. Pero, para detectar la norma de conflicto aplicable, un primer paso es esencial: la calificación.

Esta labor implica que las instituciones procedentes de otros ordenamientos jurídicos que hayan de surtir algún tipo de efecto en España así como los negocios jurídicos que se pretendan celebrar o los supuestos de hecho a los que haya de aplicarse una consecuencia jurídica, deberán ser calificados. Es decir, debemos identificar y valorar los conceptos jurídicos presentes para determinar

en qué supuesto de hecho de una norma de conflicto encajan y, con ello, proceder a la aplicación de esa norma de conflicto, lo que, en una primera aproximación puede parecer sencillo, pero, como veremos, no lo es tanto<sup>6</sup>. Vamos a analizarlo a través de un ejemplo concreto.

#### 1. EL CONFLICTO DE CALIFICACIÓN A TRAVÉS DE UN CASO DE LA PRÁCTICA

Para analizar las implicaciones prácticas de esta cuestión nos fijamos en el mandato de protección futura del Derecho francés. Imaginemos que un ciudadano francés residente en España pretende enajenar un inmueble cuyo titular es su hermano, residente también en España, presentando un mandato de protección futura otorgado unos años antes ante notario francés en el que lo nombra mandatario para cuando llegue a perder la capacidad ¿Cómo lo calificamos? ¿Se trata de una representación legal? ¿Se trata de una representación voluntaria? ¿Es una medida de protección acordada en otro Estado?

Nuestro Código Civil contiene normas de conflicto diferentes para cada uno de estos supuestos. Si se trata de una representación legal, la ley aplicable será, según el artículo 10.11, «la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante», es decir en nuestro caso, la ley francesa. Sin embargo, si lo calificamos como representación voluntaria, según el mismo artículo 10.11 se aplicará «la ley del país donde se ejercen las facultades conferidas», lo que nos conduciría a aplicar la ley española. Si se trata de una medida de protección, según el artículo 9.6, se aplicará la ley de la residencia habitual, sin perjuicio de su reconocimiento en España cuando ha sido acordada en otro Estado<sup>7</sup>.

Y, ¿a qué se va a aplicar una de esas dos leyes? Pues a la cuestión esencial de saber si la persona que ha dado un mandato de protección futura mantiene su capacidad para actuar y, en caso de que sea el mandatario o representante el que actúe, si se exige o no autorización judicial para la venta del inmueble y, además, a la cuestión previa a todas estas de saber si el mandato está en vigor o no.

Para calificar una institución hay que conocer su contenido y extensión ya que, de lo contrario, no será posible llevar a cabo la misma. Es decir, que esta labor exige un conocimiento mínimo de algunas instituciones de los Derechos extranjeros en los que se ha creado la misma cuando estamos buscando la norma de conflicto aplicable o cuando la norma de conflicto contiene un criterio de conexión que nos lleva a su aplicación o cuando se trata de la libre circulación de las medidas de protección, ya que, como hemos visto, el artículo 9.6 *in fine* del Código Civil, consagra el reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados.

Posteriormente nos referiremos a la cuestión de la prueba del Derecho extranjero. Para avanzar en la cuestión de la calificación del supuesto planteado,

el mandato de protección futura del Derecho francés es la institución equivalente de nuestros poderes preventivos. Si llevamos a cabo una calificación por equivalencia, concluiríamos que se trata de una representación voluntaria y, por tanto, sometida al Derecho español. Se trata de aplicar el denominado test de equivalencia funcional.

De acuerdo con lo expuesto, la institución española equivalente son los poderes preventivos porque tienen efectos equivalentes y persiguen finalidades e intereses similares. Pero si profundizamos un poco más, veremos que el mandato de protección futura del Derecho francés responde a una lógica y a una sistemática diferente al poder preventivo español y está sometido a un régimen diferente en lo que se refiere a su eficacia, a la capacidad del mandante y a las autorizaciones que debe recabar el mandatario para determinados actos. De entrada, se configura con una naturaleza híbrida, entre la representación voluntaria y la representación legal y se regula en sede de instituciones de protección de la persona y no en sede de contratos como el poder preventivo del Derecho común español.

La propia denominación de la figura pone de manifiesto esta diferencia<sup>8</sup>. Ello se evidencia en que el mandato comprende no solo los actos de gestión patrimonial sino también la protección de la persona, imponiéndole al mandatario las obligaciones del tutor y exigiendo que este reúna las condiciones que el Código Civil exige para ser tutor. Son figuras equivalentes en cuanto que ambas nacen de la voluntad de la persona y su finalidad es nombrar un representante para el caso de que se llegue a perder la capacidad, pero el régimen jurídico de una y otra es muy diferente.

Podríamos plantearnos si estamos ante un conflicto de calificaciones en el que la norma extranjera concede a esa institución una naturaleza diferente de la que le otorga el Derecho español y preguntarnos con arreglo a qué ordenamiento jurídico hay que realizar la calificación. De acuerdo con el artículo 12.1 del Código Civil «la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española». Es decir, que nuestro ordenamiento jurídico opta por la regla de *lege fori* para la calificación.

Autores como ESPLUGUES MOTA<sup>9</sup> consideran que hay que aceptar «la independencia entre el proceso de calificación» llevado a cabo por el operador jurídico español «con vistas a la selección de la concreta norma de conflicto española y la operación de selección de las concretas normas del Derecho convocado por la norma de conflicto española. Ello favorecería la aplicación del Derecho extranjero tal como lo haría el juez foráneo, tomando en consecuencia en cuenta la calificación realizada por el ordenamiento jurídico extranjero convocado». Sin embargo, como el mismo autor admite, el carácter imperativo del artículo 12.1 dificulta enormemente la viabilidad de esta solución, por lo que, en la práctica, la calificación se realiza con arreglo a los criterios propios del ordenamiento jurídico español. En el caso planteado, nos conduciría a calificarlo

como una representación voluntaria y a aplicar por tanto, la ley española para conocer las facultades y limitaciones del mandatario.

Creemos que, como propone el profesor GARCIMARTÍN<sup>10</sup>, hay que dar un paso más porque esto solo es el «punto de partida interpretativo» ya que las normas de Derecho internacional privado «tienen un sentido y finalidad propios», por lo que «nada impide que a partir de la teleología de la norma de conflicto o del sistema interno de todo el régimen internacional privatista se pueda extraer una definición de esos conceptos jurídicos parcialmente distinta a la que tienen en el Derecho material». Se trataría de hacer una calificación *lege causae* lo que permitiría, como subraya ANCET<sup>11</sup>, conocer el sentido y el alcance de la institución en su propio ordenamiento jurídico ya que esto depende no solo de las concretas normas que lo regulan sino también del «conjunto legislativo» en el que tiene existencia.

En el supuesto planteado esto podría llevarnos a calificar el mandato de protección futura francés como una representación legal, no solo porque su naturaleza jurídica pueda aproximarse más a una representación legal, sino porque la finalidad de que se opte por la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante como criterio de conexión responde a la finalidad de que una institución con vocación de cierta permanencia quede sometida a la ley conforme a la que ha nacido, lo que, además, será más respetuoso con la voluntad de la persona ya que es esa ley la que tenía en mente, la más próxima, cuando concluyó el mandato. Y es que, incluso si admitimos que se trata de una representación voluntaria, como subraya LAR-DEUX<sup>12</sup>, la representación es una modalidad de expresión de la voluntad del representado por lo que las reglas de conflicto aplicables a la representación convencional deben asegurar el respeto de tal voluntad. Esta es la finalidad propia de las normas de conflicto. Aceptar este razonamiento en la materia tendrá dos consecuencias. Por un lado, la aplicación de la ley de la fuente de la representación, es decir, del mandato, y por otro, la designación de la ley del mandante para regir dicho mandato. Este respeto de la voluntad del mandante estará, además, en sintonía con el imperativo de la Convención de Naciones Unidas de 2006 que, en su artículo 12.4 impone a los Estados parte la obligación de garantizar que las medidas adoptadas respeten la voluntad de la persona y en el 18 consagra el derecho de circular libremente y de elegir libremente el lugar de residencia. ¿Cómo estaríamos respetando esta voluntad si cambiamos la ley aplicable a una distinta de la que el poderdante tuvo presente cuando dio el poder? ¿Qué ocurre con los controles y límites que la ley de origen impone al mandatario y que pueden haber sido determinantes de la conclusión del negocio jurídico?

Por otra parte, esta calificación lo es solo a efectos de determinar la norma de conflicto aplicable, no a efectos de adaptar o adecuar la institución al ordenamiento jurídico español, cuestión esta a la que nos referiremos con posterioridad.

Se trata de la calificación en el ámbito del Derecho internacional privado que implica tener en cuenta ese «sentido y finalidad propia» que tienen las normas de DIPr. Y es que someter un mandato de protección futura o un poder preventivo a la ley del país en el que el mandatario ejerce las facultades, como si se tratase de una representación voluntaria ordinaria no nos parece, por todo lo expuesto, la solución más adecuada. Los poderes que se otorgan en previsión de la propia incapacidad han de tener su propia norma de conflicto, como ocurre en los países que han ratificado el Convenio de La Haya que consagra como la ley aplicable, a falta de sometimiento expreso, la ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral, que será la ley conforme a la que ha nacido el mandato y, por tanto, la representación que esta implica.

Además, si calificamos el mandato de protección futura como una medida de protección, ello puede conducirnos a la aplicación del artículo 9.6 que se refiere al reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados y facilitaría la aplicación del Derecho francés, en el caso planteado, que es conforme al que ha nacido la institución.

Abriendo estas dos vías no estamos cambiando la naturaleza de la institución sino únicamente utilizando una técnica de calificación que nos permite seleccionar la norma de conflicto más apropiada.

Se trata de aplicar una solución similar a la que permite la técnica de la adaptación de las normas de conflicto que, como pone de manifiesto FERNÁNDEZ ROZAS<sup>13</sup>, puede obedecer a la «introducción de valores en la respuesta a determinados conflictos de intereses presentes en un supuesto de tráfico externo que, según los casos, persigue que la convivencia de los sistemas se traduzca en la continuidad de las relaciones privadas, en la seguridad jurídica de las mismas o, sencillamente, en la evicción de un resultado injusto (contradicción teleológica)». Diferente es la técnica de la adaptación a la que se refiere la Ley de cooperación jurídica internacional que pasamos a analizar.

## 2. CALIFICACIÓN, ADAPTACIÓN, ADECUACIÓN Y SUSTITUCIÓN

El test de equivalencia funcional que realiza el operador jurídico para llevar a cabo la calificación y al que nos hemos referido en páginas anteriores es una técnica similar a la de la adaptación y la adecuación. Pero no es la misma. Como nos ilustra con claridad FERNÁNDEZ ROZAS<sup>14</sup> en una cuestión de tanta complejidad, la adaptación es una técnica que aparece en la última fase de aplicación de la norma de conflicto ya que es «un recurso que actúa no en el proceso de selección o localización de la ley aplicable, sino en un momento posterior de “armonización de los distintos Derechos materiales”, que han resultado designados por el sistema conflictual».

La calificación por equivalencia nos lleva a seleccionar una determinada norma de conflicto. Sin embargo, la adaptación<sup>15</sup> «no radica en la utilización de la noción de equivalencia sino en una reinterpretación de las normas, bien conflictuales o materiales, en previsión de desajustes y discordancias».

A la adaptación se refiere el artículo 61 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil de 30 de julio de 2015 (LCJI) y a la adecuación se refiere el artículo 57. Veamos.

El artículo 57 de la LCJI establece para la adecuación de las instituciones jurídicas extranjeras:

*«Los notarios y funcionarios públicos españoles, cuando sea necesario para la correcta ejecución de documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras, podrán adecuar al ordenamiento español las instituciones jurídicas desconocidas en España, sustituyéndolas por otra u otras que tengan en nuestra legislación efectos equivalentes y persigan finalidades e intereses similares. Cualquier interesado podrá impugnar la adecuación efectuada directamente ante un órgano jurisdiccional».*

Y el artículo 61 de la misma Ley consagra la posibilidad de adaptación para la inscripción:

*«1. Cuando la resolución o el documento público extranjero ordene medidas o incorpore derechos que resulten desconocidos en Derecho español, el registrador procederá a su adaptación, en lo posible, a una medida o derecho previstos o conocidos en el ordenamiento jurídico español que tengan efectos equivalentes y persigan una finalidad e intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. Antes de la inscripción, el registrador comunicará al titular del derecho o medida de que se trate la adaptación a realizar.*

*2. Cualquier interesado podrá impugnar la adaptación directamente ante un órgano jurisdiccional».*

La duda<sup>16</sup> que se plantea es si es lo mismo adecuación que adaptación y si esta labor está implícita en el reconocimiento de una medida adoptada en otro Estado o, por el contrario, son actividades diferentes. No parece ir en esta línea el artículo 57 que literalmente establece, en el ámbito de la adecuación, que las instituciones extranjeras se «sustituirán» por la equivalente española. Un matiz introduce el artículo 61 que en ningún momento se refiere a la sustitución sino a la adaptación «en lo posible» y añade el matiz, importante, de que «si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen». Ahora bien ¿la ausencia de este matiz en el artículo 57 significa

que la «adecuación» llevada a cabo por los notarios tiene mayor alcance y no tendrá que respetar este límite?

Estamos en presencia de conceptos complejos cuya utilización por el legislador quizás no ha respondido a una depurada técnica jurídica, ya que la adaptación y la sustitución responden a problemas diferentes y a técnicas variadas aunque, como señala FERNÁNDEZ ROZAS<sup>17</sup> poseen un elemento común, «que aparecen por la aplicación parcial de leyes materiales diferentes a un mismo supuesto del tráfico externo». La falta de claridad provoca dudas importantes sobre el alcance de una y otra figura y sobre el ámbito y la eficacia de la calificación que hace el notario al adecuar, sobre si es revisable o no por el registrador o respecto a si han de comparecer de nuevo los otorgantes para realizar la adecuación ante el notario español. La práctica y las resoluciones de la Dirección General irán concretando el ámbito de estas figuras.

### 3. LA APLICACIÓN DE LA LEY DESIGNADA POR LA NORMA DE CONFLICTO

Volviendo al supuesto planteado, si aceptamos la calificación realizada, concluiríamos que la ley aplicable es la ley francesa. Aceptada esta calificación, si un ciudadano francés se presenta ante el notario español con el documento notarial francés en el que se otorgó el mandato de protección futura y en el que se le conceden amplias facultades, incluyendo expresamente la aceptación de herencias y la enajenación de inmuebles ¿puede el notario español autorizar que en ambos actos intervenga el mandatario?

La primera cuestión que debemos resolver es la de si el mandato está en vigor o no y, para ello, en coherencia con la calificación realizada, aplicaremos la ley francesa. Según el Código Civil francés<sup>18</sup>, la eficacia del mandato no es automática, sino que el mandatario, una vez que el mandante está afectado por una causa de las que dan lugar a un procedimiento de protección (tutela o curatela), debe entregar al secretario judicial el mandato y un certificado médico en el que se acredite este extremo. En ese momento, el secretario judicial pone fecha al mandato, lo visa y se lo restituye al mandatario y es con el cumplimiento de esta formalidad cuando el mandato empieza a producir efectos, y, por tanto, legitima al mandatario para actuar. Es decir, que únicamente si este trámite se ha producido, se puede admitir la ejecución del mismo en España y, por tanto, la vigencia del poder que, de otro modo, existirá pero sin ser aún eficaz según el Derecho francés (art. 481 del *Code*).

Una vez aceptado, en nuestro caso concreto, que el mandato de protección futura va a quedar sometido a la ley francesa, en cuanto a su existencia, alcance y eficacia, hemos de resolver la cuestión concreta relativa a la enajenación del inmueble, para lo cual debemos dar un paso más: ¿deberá el notario exigir autorización judicial para la enajenación? Si la ley aplicable fuese la española

la respuesta sería negativa, ya que no se exige en la actuación del representante en el ámbito de los poderes preventivos.

Pero si aceptamos la interpretación anteriormente desarrollada de modo que la ley aplicable es la francesa, la respuesta no es tan sencilla porque hay que tener en cuenta la regulación del mandato de protección futura en el Código Civil francés, que, como decimos, es la ley aplicable. La ubicación sistemática del mandato de protección futura en sede de medidas de protección hace que se le apliquen los artículos 425 a 427 (sección 1º) del *Code* que contienen disposiciones generales aplicables a toda medida de protección. Entre ellas, el artículo 426 que prevé la necesidad de autorización judicial cuando se trata de la enajenación de la vivienda principal o secundaria de la persona protegida. Es decir, que a pesar de que el mandato esté en vigor y comprenda la facultad de disposición, el mandatario no podrá disponer del inmueble, si este constituye la vivienda habitual o secundaria de la familia, sin autorización judicial.

Una vez determinada la necesidad de autorización judicial, aún surge otra pregunta: ¿de qué juez ha de ser la autorización? ¿de un juez español o francés? Nada se aclara en las normas de conflicto aplicables<sup>19</sup>. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre de 2013 (núm. C-386/12) que ha resuelto, en una cuestión prejudicial, que no es de aplicación el Reglamento Bruselas I (ahora sustituido por el Reglamento 1215/2012, Bruselas I bis) a la venta de un inmueble de una persona en tutela, ya que las cuestiones relativas a la capacidad están expresamente excluidas de dicho Reglamento y en el caso no se trataba de resolver sobre el derecho real sino sobre si era o no el interés superior de la persona proceder a la enajenación del inmueble. Es decir, que de acuerdo con esta sentencia, si la aplicamos al caso planteado, asimilando el mandato de protección futura a una tutela, ambas como medidas de protección, la autorización judicial deberá otorgarla el juez de la residencia habitual ya que es el mejor situado para saber si la enajenación del inmueble se hace en «interés» de la persona o no<sup>20</sup>. En el supuesto planteado, coincide y será el juez español, pero si tuviese su residencia habitual en Francia tendría que autorizar el juez francés aunque el bien se sitúe en España.

#### 4. EL REENVÍO DE PRIMER GRADO

La solución a la que hemos llegado en el apartado anterior podría verse alterada si admitimos la posible existencia de un reenvío. Y ello porque, si tras la calificación efectuada, la norma de conflicto designa como ley aplicable el Derecho francés, debemos plantearnos si es su ley sustantiva o el conjunto de su ordenamiento jurídico, incluyendo sus propias normas de conflicto. De acuerdo con el artículo 12.2 del Código Civil «la remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas



de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española», luego es posible el reenvío de retorno, lo que nos obliga a analizar las normas de conflicto del país de destino para determinar si su aplicación favorece o no la ley española como ley aplicable.

Así, tanto si calificamos el mandato de protección futura como una medida de protección, como si lo calificamos como un poder de representación, en la terminología del Convenio de La Haya, nos encontramos que se puede producir un reenvío. Dicho reenvío se puede producir, no por vincular la ley aplicable al criterio de conexión de la residencia habitual, sino porque el artículo 14 del Convenio, vigente en Francia, determina que «cuando una medida adoptada en un Estado contratante produzca efectos en otro Estado contratante, las condiciones de su aplicación se regirán por la ley de este otro Estado». Y, para el supuesto de los poderes de representación, el artículo 15.3 del Convenio establece que «las modalidades de ejercicio de dichos poderes de representación se regirán por la ley del Estado en el que se ejerciten».

En el primer supuesto, el reenvío se produce solo si la medida produce efectos en otro Estado contratante, luego, como España no lo es, no habría reenvío.

En el segundo supuesto, para los poderes de representación, el reenvío se produce a la ley española que es el Estado en el que se ejercitan los poderes. Si interpretamos que la cuestión de si es necesaria o no autorización judicial para realizar un determinado acto en representación de la persona protegida se incluye en el ámbito de lo que son «las modalidades de ejercicio», concluiremos que, en el supuesto que hemos planteado, se produce un reenvío al Derecho español y, por tanto, aplicaríamos este y no sería necesaria la autorización judicial.

Sin embargo, no creemos que esta sea la solución adecuada. No solo por todo lo expuesto anteriormente, sino porque, como pone de manifiesto ESPLUGUES MOTA, esta solución es incoherente desde un punto de vista teórico y, además, el Tribunal Supremo ha flexibilizado la aplicación automática del reenvío entendiendo que debe estarse a cada caso y entendiendo que su aplicación ha de ser muy restrictiva y solo se aceptará cuando «entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego», tal y como ha establecido la sentencia del TS de 21 de mayo de 1999<sup>21</sup>, lo que no ocurre en el caso planteado.

Además, debemos tener en cuenta que el Informe oficial explicativo del Convenio de La Haya, redactado por PAUL LAGARDE<sup>22</sup>, establece que el artículo 14 no se aplica a los poderes de representación que se rigen por el artículo 15.3 que se refiere únicamente a las «modalidades de ejercicio» y, subraya, esto tiene un contenido mucho más limitado que «las condiciones de aplicación» del artículo 14, por lo que se limita mucho la aplicación de la ley del Estado en que se ejercitan los poderes<sup>23</sup>, pero, a modo de ejemplo cita como posible contenido el procedimiento de autorización cuando la misma venga impuesta por el mandato. Es decir, en nuestro caso esto nos llevaría a aplicar el procedimiento de autorización previsto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria

en todo caso. Como vemos, un puzle de mil piezas que hay que hacer encajar, aunque no siempre es fácil.

## V. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN MATERIA DE CAPACIDAD

La plácida existencia de la que disfrutaba el jurista español hasta épocas recientes, en las que en el Título Preliminar del Código Civil se concentraban casi todas las normas de conflicto se ha visto alterada por la diversificación de las fuentes, produciéndose, en ocasiones, la convivencia de normas que utilizan criterios de conexión dispares como pueden ser la nacionalidad y la residencia habitual.

La cuestión se complica un poco más si tenemos en cuenta, además, que las normas de conflicto de DIP se aplican para resolver también los conflictos de ley aplicable en el ámbito interregional, aunque, por suerte para nosotros, el artículo 149.1.8<sup>a</sup> de la Constitución consagró la competencia para elaborar normas de conflicto como exclusiva del Estado, por lo que no existen normas a nivel autonómico ni siquiera en las regiones forales y los Reglamentos de la Unión Europea contienen, hasta el momento, una disposición por la que disponen su no aplicación para resolver los conflictos de normas internos en los países plurilegislativos.

### 1. DERECHO COMUNITARIO

#### A) *Los Reglamentos europeos en materia de Derecho civil*

No existe un Reglamento de la Unión Europea relativo a la protección de adultos vulnerables. Sin embargo, existen, como sabemos, diferentes reglamentos europeos referidos a diversas cuestiones de Derecho privado que pueden tener una incidencia en materia de capacidad. Así, destacamos:

1°. 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, no alude a cuestiones de capacidad.

2°. Reglamento (CE) núm. 593/2008 de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que en su artículo 1 excluye expresamente de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas a la capacidad y el estado civil pero en el artículo 13 consagra una excepción de interés nacional que limita las consecuencias de la aplicación de la ley de un país diferente a aquel en el que se celebre un contrato, como sería la ley de la nacionalidad del contratante extranjero, a la capacidad de uno de los contratantes.

3°. 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, que no se refiere expresamente a cuestiones de capacidad.

4°. Reglamento (UE) núm. 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 europeo, al que nos referiremos con posterioridad.

5°. Reglamento (UE) núm. 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, modificado por el Reglamento (UE) 542/2014, que en su artículo 1 excluye expresamente las cuestiones relativas al estado y capacidad de las personas físicas.

6°. 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 y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, que en su artículo 1 excluye del ámbito de aplicación del Reglamento «la capacidad jurídica de los cónyuges». Sin embargo, el artículo 24 que regula el consentimiento y validez material del acuerdo de elección de la ley aplicable de los cónyuges contiene en su párrafo 2 una regla que puede abrir la puerta a la aplicación de una ley diferente a la que rige la capacidad cuando establece que «un cónyuge, para establecer que no ha dado su consentimiento, podrá invocar la ley del país donde tenga su residencia habitual en el momento de sustanciar el asunto ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley especificada en el apartado 1».

7°. 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, al igual que el anterior, excluye de su ámbito de aplicación la capacidad jurídica de los miembros de las uniones registradas y contiene una regla equivalente a la del artículo 24.

8°. Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1024/2012. En dicho Reglamento, que establece un sistema de exención de legalización o simplificación de trámites respecto de determinados documentos públicos expedidos por las autoridades de un Estado miembro, no se incluyen los documentos relativos a la capacidad o a la modificación de la capacidad de las personas, pero el artículo 2 sí incluye dos referencias indirectas a la capacidad

al admitir los documentos públicos cuyo principal objetivo sea el matrimonio, incluida la capacidad para contraer matrimonio (e) y la unión registrada, incluida la capacidad para inscribirse como miembro de una unión de hecho (g).

*B) ¿Hacia un Reglamento específico de protección de adultos vulnerables en la Unión Europea?*

No existe hasta el momento ni reglamento ni propuesta del mismo cuya cuestión central sea la capacidad o las medidas de protección de los adultos vulnerables, ya que la resolución del Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2008, con recomendaciones dirigidas a la Comisión sobre la protección jurídica de los adultos y sus implicaciones transfronterizas<sup>24</sup>, no se ha concretado en una norma posterior. Sin embargo, las instancias políticas de la Unión Europea, conscientes de las dificultades que su ausencia provoca para la libre circulación de las personas, se han mostrado activas en los últimos años.

Sin retrotraernos más que al año 2015, el Parlamento Europeo aprobó un «Documento de Trabajo» el 24 de noviembre de 2015 sobre la protección de adultos vulnerables en el que los define como «las personas físicas mayores de edad que temporal o definitivamente son incapaces de gestionarse a sí mismas y/o su patrimonio».

Este documento de trabajo consideraba «conveniente y urgente aplicar un verdadero instrumento legislativo a nivel europeo basándose en, y mejorando al mismo tiempo, el Convenio de La Haya», considerando preferente un reglamento a una directiva en el que se promueva el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales o administrativas relativas a las personas que son objeto de medidas de protección y la cuestión de los poderes de representación.

Previamente, el 23 de abril de 2015, la Conferencia de Presidentes del Parlamento Europeo autorizó al Comité de Asuntos Legales (JURI) a diseñar un informe sobre una iniciativa legislativa para la protección de los adultos vulnerables. Este informe se presentó en septiembre de 2016 (European Added Value Assessment «Protection of Vulnerable Adults»). En el mismo se ponen de manifiesto las dificultades que surgen por la coexistencia de diferentes normas de conflicto y urge a tomar medidas<sup>25</sup>. En concreto propone cinco medidas:

- Reforzar la cooperación y la comunicación entre las autoridades de los estados miembros
- Abolir el requisito del exequatur para las medidas de protección adoptadas en Estados miembros de la UE
- Crear un certificado europeo de poderes concedidos
- Permitir al adulto elegir el Estado cuyos tribunales serán competentes para adoptar las medidas de protección

- Asegurar la continuidad de la jurisdicción de los tribunales del Estado miembro de la anterior o precedente residencia habitual

El 3 de abril de 2017 se presentó en el Parlamento Europeo el «Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección de los adultos vulnerables (2015/2085[INL]) en el que se pide a la Comisión que presente al Parlamento Europeo y al Consejo, antes del 31 de marzo de 2018, una propuesta de Reglamento destinada a reforzar la cooperación entre los Estados miembro y a mejorar el reconocimiento y la ejecución de las decisiones sobre la protección de adultos vulnerables y de los mandatos por incapacidad. Más allá de la unificación de las normas de conflicto, el informe propone la creación de formularios unificados sobre las medidas de protección y los poderes, para permitir su libre circulación<sup>26</sup>.

## 2. EL CONVENIO DE LA HAYA

El Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de adultos es la norma de referencia en la materia, convirtiéndose en el texto de Derecho internacional privado uniforme. Sin embargo, este Convenio no ha sido ratificado por España. Solo está en vigor para los estados que, hasta el momento pocos, lo han hecho: Suiza, Alemania, Reino Unido (respecto a Escocia), Francia, Estonia, Finlandia, República Checa, Austria y Mónaco.

A pesar de no haber sido ratificado por España, vamos a analizar someramente su contenido, no solo por su interés teórico, como ejemplo de técnica jurídica, sino por varios motivos más. Primero porque, tal y como señalan los documentos de la Unión Europea, servirá de modelo para elaborar el reglamento europeo. Segundo, porque si en aplicación de nuestra norma de conflicto debemos aplicar la ley de uno de los países que lo han ratificado, esto puede conducirnos a aplicar sus normas de conflicto, aunque únicamente cuando estas nos reenvíen al Derecho español ya que, como hemos visto, el artículo 12.2 del Código Civil establece que «la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española». Tercero, porque, como vamos a ver, el Convenio consagra la posible aplicación de diferentes leyes a la protección de la persona de forma concurrente, respetando, por ejemplo, la ley del lugar donde se encuentran los bienes de la persona protegida, lo que permite la aplicación cumulativa de diferentes leyes a un supuesto.

### A) *Ámbito de aplicación personal*

De acuerdo con los artículos 1 y 2 del Convenio será de aplicación en las situaciones internacionales a la protección del adulto que «por una disminución

o insuficiencia de sus facultades personales, no está en condiciones de velar por sus intereses», considerándose adulto al mayor de 18 años.

### *B) Ámbito de aplicación material*

De acuerdo con el artículo 2, son objeto del Convenio:

1. Determinar la autoridad competente para adoptar las medidas de protección de la persona o de su patrimonio
2. Determinar la ley aplicable por las autoridades competentes
3. Determinar la ley aplicable a la representación del adulto
4. Asegurar el reconocimiento y ejecución de las medidas de protección
5. Establecer la cooperación necesaria entre los estados contratantes

El artículo 4 enumera las materias excluidas (obligaciones alimentarias, celebración del matrimonio, disolución...) y el artículo 3 enumera, a modo de ejemplo, algunas de las medidas que sí entran en su ámbito de aplicación: La determinación de la incapacidad y el establecimiento de un régimen de protección, la colocación del adulto bajo protección, la tutela, la curatela y otras instituciones análogas, la designación y funciones de la persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o bienes del adulto, de representarlo o asistirlo, el ingreso del adulto en un centro en el que se le preste protección, la administración, conservación y disposición de los bienes del adulto y la autorización de una intervención puntual para la protección de la persona o sus bienes.

### *C) Competencia*

No se establece un criterio de competencia único, sino que, designando uno como principal, consagra otros como subsidiarios y algunos más como alternativos, con el objetivo de designar siempre a la autoridad que se encuentre más próxima o en mejores condiciones de velar por el interés de adulto, que se basan en diferentes criterios como son la nacionalidad, la residencia habitual o «el país donde se encuentren la persona o sus bienes». Esto deja entrever la preocupación por no dejar un resquicio en el que pueda dar entrada a la desprotección de la persona o de sus bienes.

Para lograr este objetivo, el Convenio consagra el mecanismo de «transferencia de competencia» que permite trasladar el asunto a un foro más adecuado, incluso de manera parcial. La importancia de conocer el foro viene dada porque, como luego veremos, este juega una *vis* atractiva respecto de la ley aplicable. Veamos.

El criterio principal es que la competencia es atribuida a las autoridades, judiciales o administrativas del Estado de residencia habitual del adulto.

Subsidiariamente, serán competentes las del Estado en el que se halle el adulto si no puede determinarse su residencia habitual (arts. 5 y 6). Además, el artículo 7 mantiene la competencia de las autoridades del Estado de su nacionalidad cuando estén «en mejores condiciones para valorar el interés del adulto».

Alternativamente, se contempla la transferencia de competencia por parte de la autoridad que sea competente según las reglas anteriores al Estado del que el adulto posea la nacionalidad, el de la anterior residencia habitual, aquel en el que se encuentren los bienes del adulto, el que el adulto haya elegido por escrito, el de residencia habitual de una persona allegada que se vaya a hacer cargo de su protección o a aquel en el que se encuentre el adulto en lo que se refiere a la protección de su persona (art. 8).

Por último, se consagra una regla de competencia concurrente, al establecer el artículo 9 que respecto a las medidas de protección de los bienes del adulto, serán competentes las autoridades del Estado donde se encuentren los bienes, pero solo si son compatibles con las adoptadas por las autoridades competentes según las reglas anteriores.

#### D) *Ley aplicable*

El artículo 13 del Convenio consagra la ley del foro como la aplicable, si bien con algunas excepciones. La primera, que es excepcional, se consagra en el número 2 del mismo artículo y permite «en la medida que lo requiera la protección de la persona o de los bienes del adulto, podrá aplicarse o tenerse en cuenta excepcionalmente la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho».

La segunda es que, respecto de las condiciones de aplicación de la medida, que hayan de producir efectos en otro Estado contratante, se regirán por la ley de ese otro Estado.

Ambas excepciones permiten por tanto la aplicación de un ordenamiento jurídico diferente al del foro y admiten implícitamente, que se pueda aplicar más de una ley.

Cuando se trata poderes de representación conferidos por el adulto, la ley aplicable, según el artículo 15, será la ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral, salvo *professio iuris* a favor de una de las leyes que enumera (la de la nacionalidad, la de la anterior residencia habitual o la del Estado en el que se encuentren situados los bienes del adulto, respecto de dichos bienes). Y aún multiplica las posibilidades de concurrencia de ley aplicable al admitir en el número 3 del artículo 15 que «las modalidades de ejercicio de dichos poderes de representación se regirán por la ley del Estado en que se ejerzan».

E) *Circulación de decisiones*

El artículo 22 establece que «las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados contratantes», salvo los supuestos en los que pueda denegarse por alguno de los motivos recogidos en el mismo precepto, fundamentalmente ser contrario al orden público, haber sido adoptada la medida sin audiencia de la persona, por una autoridad no competente o cuando sea incompatible con una medida posterior adoptada en un Estado no contratante si se dan determinadas circunstancias.

Pues bien, como ya hemos indicado, España no ha ratificado el Convenio de La Haya y, pese a haberse alineado en parte con sus criterios para señalar como ley aplicable la de la residencia habitual, muchas son las cuestiones que surgen tras el somero estudio del Convenio. Una de esas cuestiones es si un español puede o no realizar una *professio iuris* en materia de poderes de representación para el caso de incapacidad. Preguntas que se refieren a la capacidad como cuestión central pero, como ya hemos visto, en el tema de la ley aplicable debemos distinguir la capacidad como cuestión previa y como cuestión esencial o central y a ambos aspectos nos referimos a continuación para determinar la norma de conflicto aplicable según el ordenamiento jurídico español.

VI. LA CAPACIDAD COMO CUESTIÓN PREVIA A TRAVÉS DE UN EJEMPLO: LA CAPACIDAD PARA HACER TESTAMENTO Y PARA ACEPTAR LA HERENCIA

Como nos ilustra el profesor GARCIMARTÍN<sup>27</sup>, la cuestión previa puede quedar sometida a la ley que rige la cuestión principal o bien a la ley designada por las normas de conflicto, tratando esa cuestión previa como si fuese la principal. Esta última es la solución por la que opta nuestro ordenamiento jurídico. Así, en todos los casos en los que la capacidad se presenta como una cuestión previa, celebración del matrimonio, divorcio, capitulaciones matrimoniales, otorgamiento de testamento... no es la ley que rige la cuestión principal la que vamos a aplicar a la capacidad de los intervinientes, sino su propia ley, determinada por la norma de conflicto aplicable. Sin embargo, los contornos entre cuestión previa y principal no son siempre nítidos, como se observa en temas como la capacidad para hacer testamento y para aceptar la sucesión.

¿Cuál es la ley de conflicto que debemos aplicar a la capacidad para aceptar una herencia? ¿Y a la capacidad para otorgar testamento? ¿Cuál es el alcance de esta «capacidad»?

Si la clara redacción del número 1 del artículo 9 del Código Civil, que consagra la ley de la nacionalidad como aquella que rige la capacidad nos puede



hacer pensar que el asunto es sencillo, en un análisis más detenido, la realidad se revela más compleja.

En materia sucesoria, además de las normas de conflicto del Código Civil, ya hemos visto que debemos tener en cuenta el Reglamento (UE) núm. 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 europeo.

¿Cuál es la incidencia de este Reglamento en las cuestiones de capacidad en el marco de una sucesión? En una primera aproximación, podemos concluir que las mismas quedan excluidas de su ámbito de aplicación ya que es una de las materias enumeradas entre las excluidas por el artículo 1.2: «Quedarán excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento: b) la capacidad jurídica de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23, apartado 2 letra c), y en el artículo 26». Y es precisamente en las remisiones que consagra este artículo donde la cuestión se complica y nos obliga a distinguir, a realizar el *depeçage*<sup>28</sup> para buscar la ley aplicable a cada una de las cuestiones en que se divide el asunto.

Y es que, como destaca FERNÁNDEZ-TRESGUERRES<sup>29</sup> «la capacidad para ser llamado y la capacidad para adquirir o suceder, son distintas de la incapacidad natural del que sucede y adquiere que debe ser suplido por los instrumentos necesarios para ello. La primera presenta dos vertientes, una subsumida en la ley sucesoria que afecta a las prohibiciones legales y al momento de apreciación de la capacidad, en cuanto ligadas al fenómeno hereditario. Otras, las llamadas incapacidades relativas, realmente prohibiciones legales a suceder a determinadas personas. La capacidad natural para aceptar y adquirir es autónoma y conduce a la ley personal del sucesor que rige en todo caso su concreta capacidad y ya sea sucesor a título universal o particular».

Teniendo en cuenta esta doble perspectiva, el artículo 23 del Reglamento determina que la ley que rige la sucesión, determinada según los criterios del Reglamento y que por tanto será la ley de la residencia habitual si no ha habido *professio iuris*, será la que rija la capacidad para suceder y la desheredación y la incapacidad para suceder por causa de indignidad.

Por su parte el artículo 26 del Reglamento, incluye igualmente en su ámbito de aplicación la capacidad del disponente para realizar la disposición *mortis causa*, es decir, la cuestión de si el causante puede o no realizar por ejemplo un determinado pacto sucesorio o testamento.

Ambas cuestiones no se refieren a la cuestión previa de la capacidad, por lo que la *testamenti factio* activa y pasiva se regirán por la norma de conflicto contenida en el artículo 9.1 del Código Civil, es decir, la capacidad para aceptar se rige por la ley nacional del aceptante y, si la persona tiene o no capacidad natural para hacer testamento, también se rige por la ley nacional del testador,

con independencia de que sea otra ley, la de su última residencia habitual, la que regirá la sucesión.

## VII. LA EXCEPCIÓN DE «INTERÉS NACIONAL»

Además de la excepción de orden público a la aplicación del Derecho extranjero que prevé el artículo 12.3 del Código Civil, la seguridad del tráfico jurídico y la protección de terceros de buena fe impone que, en ocasiones, la aplicación de la ley de la nacionalidad se vea también excepcionada en cuestiones de capacidad. Así ocurre en el caso del artículo 13 del Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en el que se dispone:

*«En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la Ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiere ignorado en virtud de negligencia por su parte».*

En materia de obligaciones contractuales, también nuestro Código Civil contiene una norma de excepción, sobre la misma cuestión, pero con una solución diferente. Establece el artículo 10.8 del Código:

*«Serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de incapacidad no estuviere reconocida en la legislación española. Esta regla no se aplicará a los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero».*

## VIII. LA CAPACIDAD COMO CUESTIÓN CENTRAL: LOS DOS ASPECTOS QUE PRESENTA

### 1. LA LEY APLICABLE A LA DETERMINACIÓN DE LA INCAPACIDAD

El punto de vista de la capacidad como cuestión central, nos obliga nuevamente a desdoblarse su estudio en dos aspectos. Cuando es necesario poner en marcha una medida de protección como la tutela o la curatela, es necesario hacer una valoración de la capacidad de la persona, es decir, de si cumple o no el presupuesto de la norma que determina la puesta en marcha de esa medida. En nuestro ordenamiento jurídico este aspecto se contiene en el artículo 200 que se refiere a «las enfermedades o deficiencias persistentes que impiden a la

persona gobernarse por sí misma». Si se cumple lo dispuesto en este artículo el juez deberá adoptar la medida que estime más adaptada a las circunstancias, en nuestro ordenamiento jurídico, tutela o curatela.

Pues bien, como hemos visto, las medidas de protección, de acuerdo con el artículo 9.6 del Código Civil, se rigen por la ley de la residencia habitual de la persona a proteger. ¿Significa esto que será también esa ley la que debemos aplicar para valorar si ha perdido o no la capacidad? La respuesta no es evidente ya que, como hemos visto, el artículo 9.1 se refiere a la capacidad en general y aplica la ley de la nacionalidad. Autores como ESPUGLES MOTA<sup>30</sup> consideran que «a falta de una norma de Derecho internacional privado específicamente referida a ella» la incapacitación debe estar gobernada por la regla del artículo 9.1 y debemos, por tanto, aplicar la ley de la nacionalidad, mientras que para la adopción de las medidas aplicaremos la de la residencia habitual. En la misma línea, CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>31</sup>. Para otros autores como MUÑOZ FERNÁNDEZ<sup>32</sup>, esto no es lo deseable ya que la concurrencia de esta doble legislación provoca incoherencias y descoordinaciones. Debemos tener en cuenta que cada ordenamiento jurídico define de una manera diferente las causas de incapacitación y las medidas que se adoptan están en función de esa definición.

Pero, además, el artículo 9.1 se aplica tanto a la capacidad jurídica como a la de obrar, con el problema añadido de que la distinción entre ambas, desde algunos sectores, se intenta desdibujar. Este problema se agudiza tras la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas de 2006, ratificada por España, que ha generado un intenso debate sobre la materia, llegando a afirmarse por parte de algunos autores que la capacidad jurídica y su ejercicio (nuestra tradicional capacidad de obrar), son lo mismo y que no puede privarse de ninguna de ellas en ninguna circunstancia. Contribuye a reforzar esta visión la Observación General núm. 1 de Naciones Unidas de 19 de mayo de 2014 que, con una interpretación torticera de la propia Convención, genera una gran inseguridad jurídica. No es este el momento adecuado de referirnos a la cuestión, pero por su trascendencia reproduzco a pie de página un fragmento de un trabajo<sup>33</sup> en el que abordé la cuestión de la interpretación de esta Observación cuya influencia ya comienza a sentirse en algunas reformas legislativas de países de nuestro entorno.

El segundo aspecto es la cuestión de la ley aplicable a las medidas de protección, aunque, con carácter previo, vamos a hacer una breve referencia a la jurisdicción competente.

## 2. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE

De acuerdo con el artículo 22 *quáter* de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los tribunales españoles serán competentes en materia de capacidad de las

personas y las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes cuando estos tuviesen su residencia habitual en España.

Además, debemos tener en cuenta que, respecto a las medidas provisionales el artículo 22 *sexies* también atribuye la competencia a los tribunales españoles cuando las personas o los bienes «se hallen en territorio español y deban cumplirse en España».

### 3. LA LEY APLICABLE A LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Ya hemos adelantado cómo la ley aplicable a las medidas de protección es la ley de la residencia habitual, por lo que, si se insta la modificación judicial de la capacidad de un extranjero con residencia habitual en España, los tribunales españoles serán competentes y aplicarán el Derecho español, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados, de acuerdo con el artículo 9.6 *in fine* del Código Civil, cuestión a la que ya nos hemos referido. Esto significa que las autoridades judiciales deberán poner en marcha una tutela o curatela, en función de las circunstancias, lo que no impide que para la designación de tutor o curador puedan tener en cuenta la designación de la persona que ha hecho el propio interesado con arreglo a su ley nacional si el juez lo considera de interés para la persona protegida, ya que, como pone de manifiesto VAQUERO LÓPEZ<sup>34</sup>, aunque la ley no lo explicita, en los procesos en los que está implicado un adulto (protegido) deberá tenerse en cuenta su «mejor interés».

El debate entre interés y voluntad, recurrente en los últimos tiempos en materia de protección de adultos, se replantea en esta materia interrogando sobre la relevancia que se concede a la voluntad de la persona en el diseño de su sistema de protección. Esta toma en consideración se pone de manifiesto en la existencia de instrumentos como la autotutela o los poderes preventivos, de los que hay que facilitar su circulación tal y como han nacido, es decir, regidos por la ley conforme a la que han sido creados, ya que solo así se asegura el respeto de la voluntad de la persona.

Sin embargo, debemos plantearnos si este respeto de la voluntad de la persona exige dar un paso más. ¿Ha de garantizarse también la libertad para elegir la ley aplicable a las medidas de protección y a los poderes preventivos? ¿Es posible hacer una *professio iuris* en materia de mandato de protección? Veamos esta cuestión con más detalle.

## IX. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL

La autonomía de la voluntad conflictual, antes proscrita del ámbito del estatuto personal, está sin embargo ganando espacios antes vetados como en

materia de sucesiones, en la que el Reglamento de 2012 permite elegir como ley aplicable la de la nacionalidad, o en los recientes Reglamentos de 2016 sobre régimen económico matrimonial o de parejas registradas<sup>35</sup>. Diferente es el panorama en materia de personas protegidas.

El ordenamiento jurídico español no contempla ni regula explícitamente la posibilidad de llevar a cabo una *professio iuris* en materia de medidas de protección o de poderes preventivos. Sí es posible en el ámbito del Convenio de La Haya, pero únicamente con referencia a los poderes de representación, para los que el artículo 15 permite designar la ley del Estado del que el adulto posee la nacionalidad, la del Estado de la anterior residencia habitual del adulto o la del Estado en el que se encuentren situados los bienes, respecto a dichos bienes.

¿Qué margen existe en el Derecho español para una *professio iuris* en materia de medidas de protección? ¿Y en materia de poderes preventivos? No lo admite y tampoco lo incorpora ni explícita ni implícitamente, el artículo 10.11 para la representación legal ni el artículo 9.6 para las medidas de protección, por lo que en principio, la repuesta parece que tendrá que ser negativa. Ahora bien, el artículo 223 cuando permite «adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor» ¿puede amparar la sumisión a un determinado ordenamiento jurídico?

Tratándose de representación voluntaria, el artículo 10.11 del Código Civil parece admitir implícitamente la posibilidad de elegir la ley aplicable ya que establece que a la representación voluntaria se le aplicará la ley del país en el que se ejercen las facultades conferidas «de no mediar sometimiento expreso». ¿Significa esto que se podrá realizar una *professio iuris* a favor de cualquier ley? No nos parece la solución adecuada, pero, en principio, nada parece impedirlo. Ya hemos visto como el Convenio de La Haya permite la elección de la ley aplicable, limitando las posibles leyes por las que se puede optar. Este artículo parece admitir la posibilidad de realizar una elección de la ley aplicable, al igual que si tomamos en consideración el aspecto del mandato como un contrato, la admite el artículo 10.5 del Código Civil y el artículo 3 del Reglamento (CE) 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales que reconoce la posibilidad de realizar una *professio iuris* explícita o implícitamente ¿Podríamos fundamentar una *professio iuris* en estas normas? Ya hemos puesto de manifiesto anteriormente cómo no nos parece lo más apropiado considerar los poderes o mandatos en previsión de la propia incapacidad como mandatos ordinarios y, por tanto, sometidos a las reglas de la representación voluntaria ordinaria. Pero esto no significa que haya de vetarse la posibilidad de elegir la ley aplicable a los mismos, de modo análogo a lo que permite el Convenio de La Haya.

En cualquier caso, respecto a los poderes o mandatos de protección, entendemos que nada impedirá que, a día de hoy, se pueda realizar una *professio*

*iuris* a favor de una ley con la que exista un vínculo ya que, para cuando estos sean eficaces, España puede haber ratificado el Convenio de La Haya o puede haber cambiado nuestra norma de conflicto interna consagrando expresamente la posibilidad de hacerla. Si nada de eso ocurre, la cuestión será la de determinar la eficacia de dicha *professio iuris*, si puede quedar amparada o no por el artículo 10.11. Hay que tener en cuenta que, respecto a las realizadas en materia sucesoria con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento de sucesiones, la DGRN, en resolución<sup>36</sup> de 15 de junio de 2016 admite la validez de la *professio iuris* «siempre que pueda inferirse del acto que la persona comprendió lo que estaba haciendo y consintió a ello».

Si la *professio* la realiza ante notario español un extranjero nacional de uno de los países que han ratificado el Convenio de La Haya, ninguna duda surge respecto a su validez y eficacia ya que, como hemos visto, la permite su artículo 15.

## X. LOS PROBLEMAS DE LA PRÁCTICA: LA OBLIGACIÓN DE CONOCIMIENTO Y LAS RECIENTES REFORMAS DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO

### 1. LA OBLIGACIÓN DE CONOCIMIENTO: PRUEBA E INFORMACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

Como hemos visto, la aplicación de la norma de conflicto puede llevar al operador jurídico a aplicar un Derecho extranjero, con las dificultades que ello plantea. La primera y fundamental la de su prueba. Se ocupa de la materia la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil de 30 de julio de 2015, en su artículo 33<sup>37</sup>, que se refiere únicamente a la prueba en sede judicial. En relación con el ámbito extrajudicial, debemos tener en cuenta, además el artículo 168.4 del Reglamento Notarial<sup>38</sup>.

Los artículos 34 y 35<sup>39</sup> se refieren a la información del Derecho extranjero incluyendo expresamente a los notarios y registradores como solicitantes de la misma, detallando el artículo 34 su contenido:

*La información del Derecho extranjero podrá referirse, al texto, vigencia y contenido de la legislación, a su sentido y alcance, a la jurisprudencia, al marco procedimental y de la organización judicial, y a cualquier otra información jurídica relevante.*

La cuestión presenta numerosos problemas en la práctica, sobre todo si se tiene en cuenta la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que hace pesar sobre los notarios y registradores una obligación de

conocer los ordenamientos jurídicos extranjeros. Así lo ha hecho, entre otras, en la resolución de 9 de mayo de 2016:

*«Esta Dirección General considera preciso recordar nuevamente (cfr. resolución de 15 de febrero de 2016) tanto a notarios como a registradores la conveniencia de ir avanzando en el conocimiento de los derechos de los demás Estados, especialmente si forman parte de la Unión Europea, en aras a facilitar la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito extrajudicial, acudiendo no solo a los medios previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, y excepcionalmente a los artículos de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, sino a los medios que proporciona el entorno E-Justicia».*

Es cierto que existen instrumentos para facilitar el acceso al Derecho de los diferentes países de la Unión Europea. Así, el portal E-Justicia y, con referencia al Derecho de las personas vulnerables es el que ha puesto en marcha la red notarial europea pero resultan insuficientes en muchos casos. Hay que avanzar hacia ese conocimiento pero esto no es labor de un día.

## 2. LA DIVERSIFICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN ¿OBSTÁCULO A LA LIBRE CIRCULACIÓN?

La libre circulación de las personas protegidas, y de las medidas de protección que las acompañan no exige unificación del Derecho sustantivo. Como apunta el Informe del Parlamento Europeo de 3 de abril de 2017, «no se trata en absoluto de armonizar las medidas de protección existentes en cada Estado miembro, cuyo establecimiento depende de la responsabilidad única de los Estados, sino de establecer un conjunto de reglas destinadas a facilitar el reconocimiento y la ejecución de las decisiones adoptadas en un Estado miembro por las autoridades del resto de Estados miembro» y de los mandatos por incapacidad conforme a la legislación de un Estado miembro. Sin embargo, para cumplir ese objetivo e incrementar la seguridad jurídica, el Informe propone «el establecimiento de formularios únicos y la creación de un certificado» que legitime en cualquier Estado miembro para actuar en el tráfico a la persona encargada de la protección de otra.

Ahora bien, será más fácil dicha circulación si las medidas pueden ser reconocidas en un ordenamiento jurídico diferente al que nacieron con una cierta agilidad, lo que vendrá facilitado por el hecho de que las instituciones sean semejantes y encuentren su equivalente en otros ordenamientos jurídicos. Sin embargo, las recientes reformas de las instituciones de protección que se han producido en los Derechos sustantivos de los países europeos caminan en

dirección opuesta a esta premisa. Si hace unas décadas casi todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno consagraban la tutela y la curatela como instituciones de protección, a graduar por el juez o autoridad en función de las circunstancias del caso, el panorama actual se ha diversificado.

Muchos de estos cambios se han producido por influencia directa de la Convención de Naciones Unidas y de una interpretación rígida de la misma que entiende que la Convención proscribía la tutela. Por ello, algunos ordenamientos jurídicos la han hecho desaparecer.

Sin ánimo de ser exhaustivos sino únicamente para mostrar la diversidad a la que nos referimos, en Bélgica, la Ley de 17 de marzo de 2013 ha reformado la materia por lo que ahora existe una única institución de protección, ni tutela ni curatela, el administrador<sup>40</sup>. En Francia, la Ley de 5 de marzo de 2007 reformó en profundidad la materia, pero se mantienen las figuras clásicas de protección, tutela y curatela, aunque con una funcionalidad muy diferente a la que tienen en España ya que se admite la curatela reforzada, que implica representación y existe la salvaguardia de justicia que no tiene equivalente en el Derecho español aunque guarda algunas similitudes con el defensor judicial. Además, la Ordenanza de 15 de octubre de 2015 ha creado una nueva institución, la habilitación familiar, que es una medida de protección judicial pero en la que no existen los controles judiciales como en la tutela, cuya naturaleza es híbrida, a caballo entre la tutela y el mandato de protección futura<sup>41</sup>.

Y, aunque no forma parte de la Unión Europea, sigue la misma tendencia Suiza, donde, tras la entrada en vigor de la nueva regulación el 1 de enero de 2013, la tutela ha desaparecido y subsiste únicamente la curatela aunque, eso sí, con diferentes niveles de intensidad, implicando en algunos de ellos representación y en otros no<sup>42</sup>.

En realidad, para tener claro el panorama y facilitar la labor de búsqueda de la institución equivalente, habría que hacer abstracción de las diferentes denominaciones y tratar de clarificar estas medidas en función de que sean medidas acordadas por una autoridad judicial o administrativa o que procedan de la voluntad anticipada de la persona, con independencia de que tenga que intervenir o no una autoridad para su otorgamiento o su puesta en marcha.

A su vez, dentro de las primeras, habría que distinguir aquellas que conllevan representación, las que solo complementan la capacidad y las que pueden combinar ambas funciones. Con ello tendríamos un cuadro básico de equivalencias funcionales que nos puede facilitar la labor de calificación y la búsqueda de la ley aplicable o de la institución equivalente en otro ordenamiento jurídico.

El legislador español quizás acometa la reforma de nuestro sistema de protección y, es posible, que opte también por un cambio profundo en las instituciones de protección, haciendo desaparecer la figura de la tutela e, incluso, la de la curatela. Pero, sea cual sea la denominación elegida, toda institución responderá a una de las categorías de este esquema y a sus funciones. Es con arreglo a su



funcionalidad como ha de hacerse la calificación de cada institución para buscar la ley aplicable o la institución equivalente en otro ordenamiento jurídico.

Quizás, en esa reforma el legislador se plantee también reformar los poderes preventivos para eliminar los riesgos que genera tal y como están diseñados en nuestro ordenamiento jurídico. Y, quizás, también se plantee dotarlo de una norma de conflicto específica, adaptada a su especial naturaleza y que incorpore la posibilidad de elegir la ley aplicable al mismo, como máxima expresión de respeto de la voluntad de la persona protegida, y que no obligue a hacer malabares para aplicar una norma de conflicto que permita la libre circulación y la aplicación de la ley conforme a la que el poder, por voluntad de la persona protegida, ha nacido.

## CONCLUSIONES

I. La noción de estatuto personal ha evolucionado en dos sentidos: disgregación y autonomía. Las materias que tradicionalmente integraban el estatuto personal y que estaban sujetas a una misma ley, en nuestro ordenamiento jurídico la de la nacionalidad, se encuentran ahora sometidas a diferentes normas de conflicto y, a menudo, se ha sustituido el criterio de conexión de la ley nacional por el de la residencia habitual y, en algunos supuestos, se ha dado entrada a la posibilidad de hacer *professio iuris*.

II. En materia de capacidad, la búsqueda de la ley aplicable presenta diferentes aspectos dependiendo de si se aborda como cuestión previa o como cuestión central, no siendo homogéneos los criterios de conexión y no contemplando las normas de conflicto del ordenamiento jurídico español la posibilidad de elegir la ley aplicable en esta materia.

III. La ausencia de un reglamento europeo en materia de capacidad y medidas de protección dificulta la libre circulación de las mismas y el respeto de la voluntad de la persona que se ha manifestado en el diseño de esas medidas con arreglo a un ordenamiento jurídico. Las dificultades que se ponen de manifiesto en la calificación de las instituciones y la falta de conocimiento del Derecho extranjero, suponen también un obstáculo para la identificación de las instituciones equivalentes y, por tanto, para su libre circulación.

IV. Tratándose de mandatos de protección o poderes preventivos, solo si se permite su libre circulación, sometidos a la ley conforme a la que han nacido, se respeta la voluntad de la persona que ha anticipado su propio modelo de protección. Las normas de conflicto españolas no están adaptadas para ello ya que no consagran una norma similar a la del Convenio de La Haya que permite el sometimiento expreso, es decir, el ejercicio de una *professio iuris* en la materia y, en su ausencia, determina como ley aplicable la del estado de la residencia habitual del adulto en el momento de la conclusión del mandato.

V. Ante la ausencia de Reglamento europeo y de ratificación por España del Convenio de La Haya, se hace necesario reformar nuestras normas de conflicto con el fin de permitir la elección de la ley aplicable en materia de capacidad y de medidas de protección. Es necesario, además, consagrar criterios de conexión específicos para los poderes preventivos, cuya calificación no encaja totalmente en una representación voluntaria ya que ello provoca la aplicación del criterio de conexión del artículo 10.11 que aplica la ley del lugar de ejecución del mandato lo que no consideramos adecuado para este tipo de poderes que no puede ser asimilado a un poder ordinario e impide aplicar la ley conforme a la que la persona diseñó su protección y, por tanto, la que mejor corresponde a su voluntad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANCET B. (2009). Problème de qualification, *Répertoire de Droit International*, 6. La loi de la qualification, *Répertoire de Droit International*, 78.
- BERGERON, J. (2016). *Protection of Vulnerable Adults*, (Parlamento Europeo).
- (2017). *Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección de los adultos vulnerables (2015/2085[INL])*, de 3 de abril de 2017.
- CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2016). *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares.
- CORNELOUP, S. (2014). Inapplicabilité du règlement (CE) núm. 44/2001 à l'état et à la capacité des personnes, *Revue critique de droit international privé*, 182.
- DEVERS, A. (2017). Le règlement Rome III et la notion de «résidence habituelle des époux», *Revue Droit de la Famille*.
- ESPIÑEIRA SOTO, I., *Pinceladas: personas físicas y capacidad*, en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com)
- ESPLUGUES MOTA, C. (2017). *Derecho Internacional Privado, Tirant lo Blanch*.
- FADLALLAH, I. (2011). Généralités, *Répertoire de droit international*, Dalloz, 13.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (2009). Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado Comparado* núm. 25, 9-44.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (2016). *Las sucesiones «mortis causa» en Europa: aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012*, Thomson Aranzadi.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (2017). *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Bosch.
- FRANZINA, P. (2016). La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 127-145.
- GALLUS, N., (2014). La nouvelle loi sur les personnes majeurs vulnérables, *Bulletin Juridique et Social*, Anthemis.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2017). *Derecho Internacional Privado*, Civitas.
- HIJAS, E. (2017). La *professio iuris* en las sucesiones y matrimonios con elementos transfronterizos, *El Notario del siglo XXI*, núm. 71.

- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2017). en Méndez González, F. P., y Palao Moreno, G. (Dir.) *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Tirant lo Blanch.
- LAGARDE, P. (2017). *Rapport explicatif relatif à la Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*, (Texte adopté par la Commission spéciale à caractère diplomatique).
- LARDEUX, G. (2014). La loi applicable à la représentation conventionnelle, *Revue critique de droit international privé*, 513.
- MEIER, P. (2011). *Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte*, Schulthess.
- MUÑOZ FERNÁNDEZ, A. (2009). *La protección del adulto en el Derecho Internacional Privado*, Thomson Aranzadi.
- PANET, A. (2015). Le statut personnel en droit international privé européen. Les lois de police comme contrepois à l'autonomie de la volonté? *Revue Critique de Droit International Privé*, 837.
- PEREÑA VICENTE, M. (2007). Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 703, 2235-2253.
- (2015). Les difficultés liées à la traduction et à l'interprétation dans les pays pluri-législatifs, *Droit de la Famille* núm. 9, dos. 42.
- (2016). Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 3-40.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.) (2011). *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, La Ley.
- RAISER, E. (2016). La loi applicable au consentement à mariage, *Revue critique de droit international privé*, 668.
- RAOUL-CORMEIL, G. (2013). Compétence judiciaire du juge que autorise un majeur incapable à vendre son immeuble situé l'étranger, *AJ Famille*, 720.
- (2015). L'habilitation familiale: une tutelle adoucie, en la forme et au fond, *Recueil Dalloz*, 2335.
- REVILLARD, M. (2008). Le mandat de protection future en droit international privé, *Deffrénois*, 1533.
- (2009). Protection internationale des adultes et droit international privé des majeurs protégés, *Deffrénois*, 35.
- VAQUERO LÓPEZ, C. (2016). Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y de menores, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 395-410.
- VICENTE BLANCO, D.-J. (2011). La protección de los adultos en el derecho internacional privado codificado por la conferencia de La Haya: el convenio de 13 de enero de 2000 y sus soluciones, *Oñati Socio-Legal Series*, v-1 núm. 8.

## NOTAS

<sup>1</sup> FRANZINA, P. (2016). La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 127-145, 130: «Las normas de Derecho internacional privado relativas a la protección

de adultos vulnerables varían de forma significativa de un Estado a otro. En lo que se refiere a los Estados miembro de la UE, se puede realizar inmediatamente una distinción entre aquellos Estados que son parte del Convenio de La Haya de 13 de enero 2000 sobre protección internacional de los adultos, el instrumento legal unitario que establece un cuerpo de normas uniformes relativo específicamente a la protección de personas vulnerables mayores de 18 años de edad, y aquellos Estados que (aún) no son parte de dicho instrumento y que, por lo tanto, aplican en este campo sus propias normas de Derecho internacional privado autónomo».

<sup>2</sup> BERGERON, J. (2017). *Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección de los adultos vulnerables (2015/2085 [INL])*, de 3 de abril de 2017.

<sup>3</sup> PANET, A. (2015). Le statut personnel en droit international privé européen. Les lois de police comme contrepoids à l'autonomie de la volonté? *Revue Critique de Droit International Privé*, 837: «Si la liberté des conventions est un principe qui guide la philosophie entière du droit des contrats, dont les règles sont supplétives, le domaine du statut personnel est traditionnellement empreint de souveraineté. Terre d'élection de l'indisponibilité des droits, le statut personnel était historiquement régi par des règles de nature impérative. Au plan international, cela se traduisait par un rejet de l'autonomie de la volonté: le statut personnel a été soumis +a des rattachements objectifs impératifs, reflétant la souveraineté de l'État sur ses sujets».

<sup>4</sup> FADLALLAH, I. (2011). Généralités, *Répertoire de droit international*, Dalloz, 13: «Le mouvement conventionnel a fait voler en éclat l'unité du statut personnel. Les Conventions sur la protection des mineurs, es obligations alimentaires, le mariage, le divorce, les régimes matrimoniaux, les successions, même si elles ne sont pas toutes en vigueur ou concerne des matières exclues du statut personnel stricto sensu, ont introduit un véritable kaléidoscope dans le droit de la famille. On ne raisonne plus que par sous-catégories, elles-mêmes démultipliées pour prévenir ou résoudre toute difficulté de qualification».

<sup>5</sup> FADLALLAH, I., *Généralités... op. cit.*, 14: «La cohérence du statut personnel est encore gravement affectée par la subordination de la question préalable d'état à la question principale, difficulté qui pose à la fois une question de catégorie et une question de rattachement. Mais c'est le raisonnement sur les qualifications qui l'emporte, pour justifier un traitement autonome ou non de la question principale».

<sup>6</sup> La labor de calificación exige otra previa y sutil de subsunción que nos permita identificar los elementos pertinentes a través de los que se establece la correspondencia con una categoría. A esta labor se refiere ANCET, B. (2009). Problème de qualification, *Répertoire de droit International*, 6: «La première phase de l'opération de qualification est celle de la subsomption (parfois ramenée à un syllogisme). Pour s'accomplir et, le cas échéant, déboucher sur la mise en œuvre d'une règle de droit, la subsomption requiert la disponibilité et, par conséquent, l'existence d'un système de catégories. Ces catégories, qui stabilisent les conditions d'application de la règle qui s'y réfère, rassemblent selon des figures différenciées (les définitions) un certain nombre d'éléments discriminants (constitués de concepts évoquant, sur le mode synthétique et à des niveaux variables de généralité, des faits de l'homme ou de la nature et des rapports institués au sujet u à l'occasion de ces faits —ainsi définit— on la vente par un enchaînement type de concepts, dont certains peuvent, pour ainsi dire, en emboîter d'autres exprimant de manière plus précise des faits ou des rapports...); l'ensemble des facteurs discriminants utilisés par les catégories alimente la «grille de lecture» qui permet d'identifier sur la matière à traiter les éléments pertinents, établissant ou déniaut, selon la configuration qu'ils donnent à celle-ci, la correspondance avec la catégorie et donc, au bout du compte, avec l'applicabilité de la règle).

<sup>7</sup> El Código Civil español parece acoger en sus normas de conflicto una distinción entre la ley aplicable a la representación voluntaria y otra diferente a la fuente de esa representación, en el caso, el mandato, lo que no hace para la representación legal y, en cierto modo, parece contradictorio con la ausencia de distinción en nuestro Derecho material entre la figura del mandato y la representación en el articulado del Código Civil. Pone de manifiesto este matiz LARDEUX al hacer una comparación entre el Derecho alemán y el Derecho francés,

que en esta cuestión responde a la misma lógica, en cuanto a su Derecho material, que el español: ver LARDEUX, G. (2014). La loi applicable à la représentation conventionnelle, *Revue Critique de Droit International Privé*, 513: «L'alternative est connue. Elle a été au coeur des discussions ayant abouti à la Convention. Soit la représentation —qui peut être légale, judiciaire ou conventionnelle— est considérée comme indépendante de sa source, soit, à l'inverse, elle y est rattachée comme son corollaire. La première approche est celle du droit allemand que l'on sait marqué par les principes de séparation et d'abstraction, illustrés en notre matière par la structure et le vocabulaire du BGB. Dans celui-ci en effet, la distinction est très nette entre la représentation, réglementée dans la partie générale et qui ne concerne que les rapports noués avec le tiers, et le mandat lui-même qui relève du droit des contrats très clairement affirmé que l'institution de la représentation est indépendante de sa source. Elle est d'ailleurs un acte abstrait, i.e. indépendant de sa cause, et demeure donc valable même si cette dernière disparaît ou n'a jamais existé.

À l'inverse, en droit français, le Code civil est, en ce domaine comme en bien d'autres, nettement moins rigoureux. On chercherait vainement une définition de la représentation —seul l'article 751, en droit des successions, précise que "la représentation est une fiction juridique qui a pour effet d'appeler à la succession les représentants aux droits du représenté"... Il n'apparaît pas dans les dispositions consacrées au contrat de mandat lors même qu'il est évidemment admis que celui-ci est la source contractuelle de la représentation. C'est qu'en droit français la représentation forme un tout avec le mandat...

Ces conceptions inverses de droit interne aboutissent logiquement à des solutions opposées en conflit de lois. L'alternative présente les mêmes contours: dans la première acception de la représentation, indépendante de sa source, la loi applicable à la première peut être différente de celle gouvernant la seconde; dans l'approche opposée, on ne saurait soumettre le sort du contrat principal à une autre loi que celle qui régit également le mandat puisque c'est de l'étendue des pouvoirs déterminés par celui-ci que dépend l'efficacité du contrat conclu avec le tiers. La question du sort de ce contrat est alors soumise à la loi de la source de la représentation».

<sup>8</sup> La traducción literal de la institución es «mandato de protección futura», pero la equivalente sería «poder preventivo», si consideramos que son instituciones equivalentes. Sobre la cuestión de la traducción, numerosas son las dificultades y desafíos. La traducción conlleva ya una previa calificación. Una primera dificultad consiste en que hay denominaciones, palabras y expresiones sin equivalente y otras que producen muy fácilmente un «falso amigo». Por ejemplo la *réserve héréditaire* del Derecho francés no equivale a nuestra reserva sino a la legítima. En estos casos, hay que utilizar diferentes técnicas de traducción como la interpretación de la noción jurídica o la creación discursiva. Sobre la problemática de la traducción, ver PEREÑA VICENTE, M., (2015). Les difficultés liées à la traduction et à l'interprétation dans les pays pluri-législatifs, *Droit de la Famille* núm. 9, dos. 42.

<sup>9</sup> ESPLUGUES MOTA, C. (2017). *Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 237.

<sup>10</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2012). *Derecho Internacional Privado*, Civitas, 286.

<sup>11</sup> Sin embargo, el propio autor constata que aceptar la calificación *lege causae* tiene como consecuencia no deseada la inestabilidad en la calificación: ver ANCET, B. (2009) La loi de la qualification, *Répertoire de Droit International*, 78: «Il faut remarquer ensuite que si la qualification *lege causae* préserve les liaisons systématiques dans le droit désigné, elle brise, dans la règle de conflit, la liaison qui unit le rattachement à la catégorie (ou la sanction au présumé), puisque, si la règle de conflit française choisit le critère de la nationalité, c'est la loi grecque qui, en fixant le contenu de la catégorie, définit la portée de celui-ci. Il n'est pas acquis que cette portée corresponde aux raisons qui ont déterminé le choix du rattachement. Avec cet unilatéralisme limité à la qualification, la règle de conflit devient hétérogène en même temps qu'instable, car sa signification variera au gré des circonstances désignant des lois différentes cultivant des conceptions différentes. En revanche, assurant à l'ordre juridique du for le monopole tant de la définition de la catégorie que de la détermination du rattachement (*ejus est interpretari cujus est condere*), la qualification *lege fori*, interprétation appliquée et concrète de la règle de conflit, maintient ferme et inaltéré le lien rationnel unissant les deux

éléments de celle-ci. Au fond, il apparaît que l'économie même de la règle bilatérale est réfractaire à la qualification *lege causae*».

<sup>12</sup> LARDEUX, G. *La loi applicable à la représentation conventionnelle...* *op. cit.*, 513: «La représentation est une modalité d'expression de la volonté juridique du représenté; une simple modalité. Il y a alors quelque paradoxe juridique, si ce n'est pratique, à adopter l'intermédiaire comme référence principale de la localisation d'une question qui intéresse au premier chef le représenté puisque c'est lui qui est susceptible d'être lié par le contrat principal. Si le choix de la loi de l'intermédiaire peut se recommander d'une certaine neutralité —ainsi des deux parties potentielles au contrat, aucune n'est privilégiée— elle heurte la logique juridique en appliquant la loi de la seule personne dont la volonté contractuelle n'est pas en cause. Aussi, peut-on partir du principe inverse que les règles de conflit de lois applicables à la représentation conventionnelle doivent avant tout assurer le respect de la volonté juridique du représenté car c'est elle qui est susceptible d'être bafouée par les dépassements de pouvoirs du représentant. Néanmoins, l'impératif de sécurité juridique du tiers qui devait être assuré, selon la Convention, par l'autonomie conflictuelle des deux relations, internes et externes, ne doit pas être négligé. Il pourra en être tenu compte par le biais d'une obligation d'information à la charge de l'intermédiaire dont la portée doit être précisée».

<sup>13</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (2009). Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado Comparado* núm. 25, 9-44, 35.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales...* *op. cit.*, 35.

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales...* *op. cit.*, 17.

<sup>16</sup> La doctrina no es unánime respecto a esta consideración. Así, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2017) en *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Bosch, 493, considera que «la adecuación de instituciones jurídicas desconocidas es, con alguna singularidad, la adaptación realizada por notario o funcionario público español». Sin embargo, GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2017) en *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Tirant lo Blanch, 801, entiende que «la adecuación está pensada para el título formal, mientras que la adaptación está dirigida a la relación jurídica, derecho o garantía contenida en el título formal y cuya inscripción o anotación preventiva se pretende».

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales...* *op. cit.*, 14: «Bajo la rúbrica general de “técnicas de ajuste o adaptación” se engloban habitualmente recursos diversos que obedecen, a su vez, a problemas diversos, cuya delimitación ha desatado un debate conceptual bastante estéril y del que preferimos prescindir. Conviene partir de la distinción entre los supuestos que dan lugar a la adaptación en sentido estricto y aquellos otros que precisan de la “sustitución” o “transposición”, de instituciones, asentados estos últimos en la “teoría de la equivalencia”, que en DIPr es aplicable también al problema de la “cuestión preliminar”; esto es, cuando en la solución de la relación jurídica existe una cuestión preliminar regulada por una ley material diversa a la aplicable a la cuestión principal».

<sup>18</sup> Artículo 481 del Código Civil francés: «Le mandat prend effet lorsqu'il est établi que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts. Celui-ci en reçoit notification dans les conditions prévues par le code de procédure civile».

A cette fin, le mandataire produit au greffe du tribunal d'instance le mandat et un certificat médical émanant d'un médecin chisi sur la liste mentionnée à l'article 431 établissant que le mandant se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 425. Le greffier vise le mandat et date sa prise d'effet, puis le restitue au mandataire».

<sup>19</sup> La norma contenida en el artículo 62 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria atribuyendo la competencia al Juzgado de Primera Instancia del domicilio, o en su defecto de la residencia de la persona no es una norma de atribución de competencia internacional sino nacional.

<sup>20</sup> Sobre esta sentencia, ver el comentario de RAOUL-CORMEIL, G., (2013). Compétence judiciaire du juge que autorise un majeur incapable à vendre son immeuble situé à l'étranger, *AJ Famille*, 720: «Un ressortissant hongrois placé en curatelle a hérité, à la mort de sa mère, de la moitié de son appartement, l'autre moitié étant transmise à son frère. Ce bien immobilier se situe en Bulgarie, dans la ville de Lovech. Convaincu que la vente de ce bien lui permettrait d'améliorer son train de vie et de faire face à des dépenses de santé, le ressortissant hongrois a, avec l'autorisation de son représentant légal, un curateur professionnel hongrois, saisi un juge bulgare pour avoir l'autorisation de le vendre. Débouté en première instance au motif que la vente était contraire à son intérêt, le ressortissant hongrois a interjeté appel devant une autre juridiction de Sofia qui, doutant de sa compétence, a saisi la CJUE d'une question pré-judicielle. Si le règlement Bruxelles I est relatif à la compétence judiciaire en matière civile et commerciale, son domaine d'application matériel exclut expressément l'état et la capacité des personnes physiques. Sur ce fondement, le tribunal dans le ressort duquel était situé l'immeuble n'était donc pas compétent pour statuer sur une procédure qui ne mettait pas en cause le droit réel en tant que tel, mais avait pour objet de déterminer s'il est dans l'intérêt de la personne déclarée partiellement incapable d'aliéner son bien immeuble. La portée de l'arrêt de la CJUE intéresse les juges des tutelles français dont la compétence territoriale est également liée à la résidence habituelle du majeur protégé (Código Civil, art. 443, al. 2º et C. pr. civ., art. 1211). Le juge français est ainsi compétent pour autoriser un majeur protégé, dont il suit et contrôle la mesure, à disposer de tous ses immeubles, qu'ils soient situés en France ou à l'étranger».

<sup>21</sup> ESPLUGUES MOTA, C. (2017) *Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, 242.

<sup>22</sup> LAGARDE, P. (2017) *Rapport explicatif relatif à la Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*, (Texte adopté par la Commission spéciale à caractère diplomatique), par. 94: «Le texte de l'article 14 retenu par la Commission diplomatique a pour objet la mise en œuvre des mesures de protection dans un Etat autre que celui dans lequel elles ont été prises, que cette situation résulte ou non d'un conflit mobile. Il ne s'applique pas à la mise en œuvre des pouvoirs de représentation conférés par l'adulte lui-même, régie par l'article 15, paragraphe 3».

<sup>23</sup> LAGARDE, P., *Rapport explicatif... op. cit.*, par. 106 y 107: «Ce paragraphe [15.3] soumet les modalités d'exercice des pouvoirs conférés par le mandat d'incapacité à la loi de l'Etat où ils sont exercés. Il est à rapprocher de l'article 14 soumettant les conditions d'application des mesures de protection prises par une autorité compétente d'un Etat contractant à la loi de l'Etat dans lequel elle est mise en œuvre (v. supra, núm. 94). Le champ d'application de la loi du lieu d'exercice des pouvoirs est donc plus restreint lorsqu'il s'agit de pouvoirs conférés par l'adulte lui-même que lorsqu'ils dérivent d'une mesure de protection. Certaines délégations ont exprimé la crainte de voir des mandataires étrangers plus ou moins scrupuleux invoquer leurs pouvoirs, à l'encontre de la loi locale, pour autoriser des transfusions sanguines ou des transplantations d'organes sur l'adulte. Passant outre à cette crainte, qui trouvera sa solution par un recours à l'ordre public du lieu d'exercice des pouvoirs, la Commission a en effet décidé par un vote formel de limiter l'application de la loi du lieu d'exercice des pouvoirs conférés par l'adulte aux «modalités d'exercice» et a refusé par le même vote de l'étendre à l'«exercice» de ces pouvoirs. En revanche, elle a décidé que cette loi devait être «appliquée», et pas seulement prise en considération, comme le prévoyait l'avant-projet.

La notion de modalités d'exercice est, comme indiqué supra, núm. 99, plus restreinte que celle de «étendue» des pouvoirs. Elle ne devrait comprendre que des points de détail (*Art und Weise*, en allemand). Ceux-ci n'ont guère été explicités au cours des discussions, mais on pourrait y faire entrer, para exemple, la vérification par une procédure locale de l'existence et de l'étendue des pouvoirs, le dépôt de l'acte les conférant ou encore la procédure de l'autorisation lorsque le mandat d'incapacité prescrit une autorisation».

<sup>24</sup> Resolución del Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2008, con recomendaciones dirigidas a la Comisión sobre la protección jurídica de los adultos: implicaciones transfronterizas (2008/2123 (INI)), en su núm. 2 expresamente dispuso que «Pide a la Comisión que,

en cuanto se haya adquirido suficiente experiencia con el funcionamiento del Convenio de La Haya, le presente, basándose en el artículo 65 del Tratado CE, una propuesta legislativa para reforzar la cooperación entre los Estados miembros y mejorar el nivel de reconocimiento y ejecución de las decisiones relativas a la protección de las personas mayores de edad, de las sentencias de incapacitación y de poderes de representación estables, con arreglo a las recomendaciones detalladas que se exponen más abajo».

<sup>25</sup> BERGERON, J. (Ponente) (2016). (European Parliament), *Protection of Vulnerable Adults*, 4: «Vulnerable adults, who are persons lacking the personal capacity to protect their interest, are in particular need of a reliable legal framework. There is, however, no uniform legal framework allowing for a proper protection of vulnerable adults in cross-border situations across the European Union (UE). In fact, all EU Member States have their own legal framework, with differing tools for the protection of vulnerable adults. This undoubtedly creates legal uncertainties when it comes to cross-border situations. Given a rapidly increasing life expectancy, and consequently a growing number of vulnerable adults as a result of often age-related illnesses such as Alzheimer's and other forms of dementia, it is a matter of urgency that this legal uncertainty be tackled at the EU level. Filling the legal gap would enable affected adults to benefit from the EU's principle of free movement and residence instead of facing potential difficulties in protecting their interests abroad».

<sup>26</sup> BERGERON, J. (ponente) (2017). *Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones...*, *op. cit.*, 9: «Crear formularios únicos de la Unión destinados a favorecer la información sobre las decisiones administrativas y judiciales relativas a los adultos vulnerables, así como la circulación, el reconocimiento y la ejecución de las decisiones que les afecten. La Comisión podría inspirarse en los modelos de formularios recomendados por la Comisión especial de carácter diplomático de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en las actas de la sesión plenaria de septiembre-octubre de 1999 sobre la protección de adultos».

<sup>27</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Internacional Privado... op. cit.*, 288.

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales...* *op. cit.*, 36: «En primer término, debe tenerse en cuenta que cualquier supuesto de hecho con elemento extranjero —o, si se quiere, cualquier relación privada internacional— aún cuando constituya una unidad jurídica, puede ser fraccionada por el legislador, a los fines de su regulación por el DIPr. Esta técnica de regulación (que los autores franceses denominan *dépeçage*) consiste en la escisión o separación de los distintos aspectos o elementos constitutivos de una situación o relación jurídica, cada uno de los cuales queda regido por una norma distinta de DIPr. Así, respecto de un contrato internacional, cabe que un sistema de DIPr establezca una norma de conflicto distinta para determinar la capacidad de las partes (ley nacional), para la forma del acto (ley del lugar de la celebración), para el contenido del negocio jurídico (ley de autonomía), para sus efectos (ley del lugar del cumplimiento de la obligación), etc. Este método analítico de regulación, al fraccionar el supuesto y someter cada uno de sus aspectos a distintas normas de conflicto, puede acarrear la consecuencia de que el juez deba aplicar estas diferentes normas de DIPr, que remiten a dos o más ordenamientos extranjeros; sistemas que deben ser aplicados, de forma simultánea, para obtener una solución global del supuesto de hecho considerado».

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (2016). *Las sucesiones mortis causa en Europa: aplicación del Reglamento (UE) núm. 650/2012*, Thomson Aranzadi, 145.

<sup>30</sup> ESPLUGUES MOTA, C., *Derecho Internacional Privado... op. cit.*, 398.

<sup>31</sup> CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (2016). *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Comares, 72.

<sup>32</sup> MUÑOZ FERNÁNDEZ, A. (2009). *La protección del adulto en el Derecho Internacional Privado*, Thomson Aranzadi, 233: «Consideramos que sería preferible que la ley aplicable a la incapacitación coincida con la de las medidas de protección para evitar así una posible descoordinación entre los efectos de la incapacitación (extensión de la incapacidad y determinación de del régimen de protección) y las medidas exigidas por el grado de incapacidad».



<sup>33</sup> PEREÑA VICENTE, M. (2016). Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 3-40, 16: «La capacidad jurídica, entendida como la titularidad de derechos y obligaciones, solo es realmente igual a la de las demás personas si se puede ejercer y, cuando concurren circunstancias que dificultan o impiden ese ejercicio, el Estado debe, según establece el artículo 12 de la Convención, «adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica».

Hay derechos que no admiten la representación en su ejercicio, pero hay otros en los que solo si se permite la representación el derecho se puede ejercer. Como ya hemos avanzado en páginas anteriores, cuando las circunstancias que concurren en la persona hagan que la representación sea el único modo posible de ejercicio, solo si se admite esa representación se puede situar a la persona en igualdad de condiciones con las demás, ejerciendo el derecho por representación. Es en cómo se ejerce esa representación en lo que se juega el respeto a la Convención».

<sup>34</sup> VAQUERO LÓPEZ, C. (2016). Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y de menores, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 395-410, 402: «No obstante, del mismo modo que en las resoluciones que afecten a menores la compatibilidad de una decisión extranjera con nuestro orden público deberá «valorarse teniendo en cuenta el interés superior del menor», en los procesos en los que esté implicado un adulto deberá tenerse en cuenta su «mejor interés» para aplicar la excepción de orden público y deberá denegarse en reconocimiento de una decisión extranjera sobre esta materia si la medida de protección hubiera sido adoptada en el marco de un proceso en el que no se hubiera dado al adulto la posibilidad de ser oído».

<sup>35</sup> HIJAS, E. (2017). *La professio iuris* en las sucesiones y matrimonios con elementos transfronterizos, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 71.

<sup>36</sup> Resolución de 15 de junio de 2016, fundamento de Derecho 6: «La *professio iuris*, como se ha indicado, era desconocida en España antes de la entrada en vigor del Reglamento al igual que se desconoce hoy en día en la legislación británica, pero este hecho que pudiera ser relevante para su ejecución según la ley local en Reino Unido, no afecta la aplicación de la norma europea en España, en cuanto Estado miembro participante en el mismo».

<sup>37</sup> Artículo 33 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil de 30 de julio de 2015: «1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia. 2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica. 3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español. 4. Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles». Lo dispuesto en este artículo se completa con el 281 de la LEC: «1. La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso. 2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. 3. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes. 4. No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general».

<sup>38</sup> Artículo 168.4 del Reglamento Notarial: «Constituyen reglas especiales en orden a la comparecencia en las escrituras públicas las siguientes: Cuarta. La capacidad legal de los extranjeros que otorguen documentos ante Notario español, si este no la conociere, se acreditará por certificación del Cónsul general o, en su defecto, del representante diplomático de su país en España. Cuando se den los supuestos del número 8 del artículo 10 del Código Civil la

capacidad de los extranjeros se calificará por el Notario con arreglo a la Ley española. Si en el Estado de que el extranjero otorgante fuese ciudadano no se usare más que el nombre y el primer apellido, el Notario se abstendrá de exigirle la declaración del segundo, aunque se trate de documentos inscribibles en el Registro de la Propiedad».

<sup>39</sup> Artículo 36 de la Ley de Cooperación Jurídica internacional en materia civil: «1. Sin perjuicio de la posibilidad de comunicaciones judiciales directas, los órganos judiciales, y los notarios y registradores, podrán elevar las solicitudes de información de Derecho extranjero mediante oficio a la autoridad central española para ser utilizadas en un proceso judicial español o por una autoridad española en el marco de sus competencias. 2. La solicitud de información podrá contener la petición de informes de autoridades, dictámenes periciales de juristas expertos, jurisprudencia, textos legales certificados y cualquier otra que se estime relevante. 3. La autoridad central hará llegar las solicitudes a las autoridades competentes del Estado requerido, bien por la vía consular o diplomática, bien a través de su autoridad central si existiere y estuviere previsto en su ordenamiento. La autoridad central española facilitará, en su caso, las comunicaciones judiciales directas entre órganos jurisdiccionales españoles y extranjeros. 4. Las solicitudes de información deberán especificar la autoridad requirente con mención de su dirección postal o electrónica, la naturaleza del asunto, una exposición detallada de los hechos que motivan la solicitud y los concretos elementos probatorios que se solicitan, todo ello debidamente traducido al idioma de la autoridad requerida. Podrán unirse a la solicitud de información copias de aquellos documentos que se consideren imprescindibles para precisar su alcance. 5. Cuando se solicite un elemento probatorio que suponga un coste, el mismo será a cargo de la parte solicitante. En este caso podrá ser solicitada provisión de fondos».

<sup>40</sup> GALLUS, N. (2014). La nouvelle loi sur les personnes majeurs vulnérables, *Bulletin Juridique et Social, Anthemis*, núm. noviembre, 1: «La protection judiciaire issue de la réforme s'organise par la désignation d'un administrateur, membre de la famille, proche ou professionnel, chargé d'assister ou de représenter la personne vulnérable, et ce, pour les actes personnels et/ou les actes patrimoniaux, selon les nécessités spécifiques au cas particulier».

<sup>41</sup> RAOUL-CORMEIL, G. (2015). L'habilitation familiale: une tutelle adoucie, en la forme et au fond, *Recueil Dalloz*, 2335: «Ainsi déguisée sous l'élégante appellation d'habilitation familiale et simplifiée pour ne pas décourager les bonnes intentions familiales, la nouvelle mesure de protection n'en est pas moins bâtie sur le modèle de la tutelle et sur son contre-modèle: le mandat de protection future. Cette double inspiration lui confère un caractère hybride et une originalité sans pareille, incomparable avec les dispositifs du droit des régimes matrimoniaux dont on pouvait attendre une transposition du mécanisme de la représentation judiciaire (art. 219 del Código Civil). En effet, l'habilitation familiale a tiré de la tutelle sa nature juridique et sa procédure judiciaire. Pour le reste, les emprunts réalisés dans le droit du mandat de protection future conclu sous la forme notariée, traduisent la volonté de déroger au régime de la tutelle lorsqu'il s'agit de définir les pouvoirs de la personne habilitée et de sauvegarder une plus grande liberté au majeur protégé».

<sup>42</sup> Meier, P. (2011). *Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte*, Schulthess, 30: «S'il s'agit d'une curatelle d'accompagnement, le curateur doit aider et accompagner la personne concernée pour accomplir certains actes (art. 393). Dans le cadre d'une curatelle de représentation (art. 394), il doit représenter la personne concernée et accomplir en son nom certains actes. En cas de curatelle de gestion (art. 395, variante de la curatelle de représentation), le curateur s'occupe de la gestion, en partie ou en totalité, du patrimoine de la personne concernée. Si la personne fait l'objet d'une curatelle de coopération (art. 396), le curateur est tenu de donner son consentement pour certains actes. Le curateur de portée générale assume de manière globale des tâches d'assistance personnelle, de gestion et de représentation (art. 398) à l'instar de ce que faisait un tuteur sous l'ancien droit».

*(Trabajo recibido el 16-11-2017 y aceptado para su publicación el 16-1-2018)*



La posición del menor en el  
ordenamiento y el ejercicio de sus  
derechos fundamentales. Especial  
referencia a los supuestos conflictivos  
en el ámbito del Derecho de familia

*The position of the child in the  
Spanish law and the exercise of its  
fundamental rights. Special reference  
to the cases of conflict in family law*

por

BEATRIZ VILA RAMOS  
*Universidad Francisco de Vitoria*

*RESUMEN:* Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el *status* social del niño; en el ámbito jurídico este hecho tiene reflejo en el interés por dotar al menor de un adecuado marco de protección de sus derechos, re-enfocando la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia, confiriendo al menor un creciente protagonismo socio jurídico reconociéndole como sujeto pleno de derechos. Esta modificación supone una transformación del enfoque tradicional proteccionista, donde al menor se le asigna un papel pasivo de cuidados y atenciones de los adultos, para pasar a ser concebido como

sujeto activo llamado a participar en las decisiones que forman y conforman su personalidad.

*ABSTRACT: The social and cultural changes that have taken place in our society, have transformed child's social status; in legal terms, these changes have raised an interest in endowing the minor with a suitable protection framework for their rights, as well as they has refocused the structure of childhood human rights by granting underage citizens an increasingly social and legal leading role as full right subjects. This transfiguration entails a turnabout in the traditional protectionist approach, in which the child used to play just a passive role, object of adults' care and attention, and they have begun to be conceived as active subjects participating in the decisions that form and shape their personality.*

**PALABRAS CLAVE:** Menor. Derechos fundamentales. Divorcio. Interés del menor. Derechos procesales del menor.

*KEY WORDS: Child. Fundamental rights. Divorce. Child's interest. Procedure rights of child's.*

**SUMARIO:** I. RÉGIMEN JURÍDICO DEL MENOR. ESTADO DE LA CUESTIÓN.—II. LA POSICIÓN DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.—III. LOS PRINCIPIOS RECTORES PARA LA ACTUACIÓN DEL MENOR Y SOBRE EL MENOR: 1. LA CAPACIDAD NATURAL DE OBRAR DEL MENOR. EL AUXILIO DE PERITOS Y SU PROBLEMÁTICA. 2. EL INTERÉS DEL MENOR. 3. EL DERECHO DEL MENOR A SER ESCUCHADO Y A QUE SU OPINIÓN SEA TENIDA EN CUENTA.—IV. SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR Y EL ROL DEL MENOR.

## I. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL MENOR. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La preocupación por la infancia en el ámbito internacional aparece en declaraciones y convenios internacionales desde principios del siglo XX, la Carta de los Derecho del Niño aprobada el 26 de diciembre de 1924 por la Sociedad de Naciones reunida en Ginebra es sin duda un texto histórico que reconoce por primera vez la existencia de derechos específicos para los niños y niñas<sup>1</sup>; años más tarde en noviembre de 1959, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución (XIV) aprobaría la declaración de los Derechos del Niño, pero no será hasta 1989 cuando se da un salto cualitativo al aprobar un texto normativo con vocación universal, coercitivo y fuerza

vinculante para los Estados parte<sup>2</sup> (LIÑÁN GARCÍA, 2014, 3), la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>3</sup>. En la resolución 44/25 de 20 de noviembre 1989 por la que fue adoptada, se considera a los niños<sup>4</sup> (RAVETLLAT BALLESTÉ, 2007, 80) como población especialmente vulnerable ante las agresiones sufridas, y requiere para ellos una protección y asistencia especial así como la capacidad para participar en la toma de decisiones en aquellos asuntos que afecten a su persona, estableciendo una amplia lista de las obligaciones que los Estados deben asumir para con los niños<sup>5</sup>.

En el ámbito nacional, la Constitución Española configura como fundamento del orden jurídico y de la paz social la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), con la consiguiente obligación por parte del Estado de promocionar y garantizar los derechos y libertades fundamentales (art. 9.2 CE) de todos, también de los menores. Así mismo y al amparo del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE) y del artículo 39 de la Constitución, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por los derechos del menor, se establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad. Con ello la Constitución Española confiere rango constitucional no solo a la responsabilidad primaria de los padres en la atención y educación de sus hijos, aunque no se mencione expresamente<sup>6</sup> (LANZAROT BERROCAL, 2017 270), también a la obligación del cumplimiento de los principios enunciados de los poderes públicos en relación con el menor.

A pesar de que la normativa en el contexto internacional de protección al menor se aprueba a comienzos del siglo XX, y de que los principios básicos de la Constitución Española pudieran referirse también al menor, no será hasta 1984 cuando en España se inicia de la mano de la normativa internacional, a través de la firma del instrumento de ratificación del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de menores y establecimiento de custodia<sup>7</sup>, una regulación específica de los menores. Podemos establecer entonces, como fecha de inicio de esta transformación en la visión del menor en España los años noventa, pues es en 1990 cuando las Cortes Españolas ratifican la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el 5 de diciembre de 1997 el convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos del Niño<sup>8</sup>. Desde ese momento, el escenario social y la representación de los niños, niñas y adolescentes se ha ido adecuando a ese nuevo papel de ciudadanos, sujetos sociales y de derechos, asumiendo un papel más activo en la sociedad europea<sup>9, 10</sup>.

En cumplimiento de ese mandato el legislador nacional ha regulado las instituciones jurídico-públicas y privadas sobre las que se asienta la protección del menor, configurando un nuevo marco jurídico no solo de protección de la infancia por parte de los poderes públicos, también de garantía a su autonomía.

Este marco jurídico social se proyecta en España en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, que sin duda supone un avance cuantitativo y cualitativo en el ejercicio de los derechos del menor; su preámbulo establece: «El ordenamiento jurídico va reflejando una concepción de los menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás».

Transcurridos 20 años desde la aprobación de la citada norma se han producido importantes cambios sociales y en la legislación, especialmente de la Unión Europea<sup>11</sup>, que inciden en la situación de los menores y demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica<sup>12</sup>, lo que ha dado lugar en España a la aprobación de dos normas en 2015 que afectan a la situación del menor y a las cuestiones tratadas en el presente trabajo.

El 22 de julio de 2015 se aprueba la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio que, siguiendo las recomendaciones de diferentes informes<sup>13</sup> introduce modificaciones fundamentales en el estatuto del menor. De conformidad con las propuestas y recomendaciones, la citada ley de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia introduce los cambios jurídicos-procesales y sustantivos necesarios en ámbitos considerados como materia orgánica, pues inciden en los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en los artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 de la Constitución. La intención principal de la norma no es otra que regular los instrumentos que garantizan a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado<sup>14</sup> (GONZÁLEZ DEL CAMPO, F. A. 2017, 597; VILLAGRASA ALCAIDE, C., 2016, 36) sirviendo de marco a las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación de protección de menores<sup>15</sup> (CABEDO MALLOL, V. 2016, 82), con independencia de su situación administrativa, en caso de extranjeros. Para ello, mediante dos artículos y tres disposiciones finales, se procede a la modificación de las principales leyes que regulan las instituciones para la protección de los menores.

En el artículo primero se establecen las modificaciones de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en el segundo, se determinan las modificaciones que afectan a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en lo sucesivo Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC); en la disposición final primera se recogen las modificaciones correspondientes a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en adelante Ley Orgánica del Poder Judicial; en la disposición final segunda se modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y en la disposición final tercera se modifica la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

El 29 de julio de 2015 se publica en el BOE la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adoles-

encia, que modifica de nuevo la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y otras disposiciones que afectan al régimen jurídico del menor<sup>16</sup>. Tal y como indica el preámbulo de la ley, el objetivo fundamental de su aprobación es continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado<sup>17</sup> (MÚRTULA LAFUENTE, V., 2017,150), siendo referencia de la legislación autonómica en estos aspectos. Se introduce un nuevo capítulo III en el título I de la LOPJM con la rúbrica «Deberes del menor» en el que en cuatro artículos, se regulan los deberes de los menores en general y en los ámbitos familiar, escolar y social en particular<sup>18</sup> (VILLAGRASA ALCAIDE, C., 2016, 34).

Este es el estado de la cuestión respecto al menor en el ámbito normativo. Se reconoce y regula un status jurídico particular del menor, del que es a la par, sujeto de protección como menor por la normativa y las organizaciones nacionales e internacionales, pero también sujeto con autonomía jurídica para poder ejercitar derechos de los que es titular en aras a la formación de su personalidad.

La problemática respecto a los derechos del menor parecen entonces situarse, al menos en el terreno teórico, no en la titularidad de los derechos sino en el ejercicio de los mismos por los menores. Esta «nueva» concepción del menor que le reconoce autonomía, aunque limitada, como titular de derechos, supone también la necesidad de replantearnos la esencia y significado de la minoría de edad. ¿Estamos realmente ante una nueva concepción de la minoría de edad? ¿Se trata solo de reconocer una participación activa? ¿Un ejercicio de los derechos por los menores de edad? ¿Una transformación en el significado de la capacidad de obrar?

La Convención de los Derechos del Niño define al niño como «todo ser humano por debajo de la edad de 18 años a menos que, según la ley aplicable al niño, la mayoría se alcance antes». En consonancia con el artículo 12 de la Constitución Española (CE), el artículo 315 del Código Civil (CC) establece que la mayoría de edad empieza a los 18 años cumplidos, a no ser que el menor sea emancipado, pues en ese caso le serán de aplicación las especialidades reflejadas en el Código Civil para esa situación. Solo una precisión más al respecto, en España y en la legislación de referencia al menor, se engloba en el concepto de menor a todos aquellos que no alcancen los 18 años, sin distinción jurídica (o eso vamos a tratar de establecer) entre un menor de 4 años y un menor de 15.

## II. LA POSICIÓN DEL MENOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Con la mayoría de edad la persona alcanza la plena capacidad de obrar en el ámbito jurídico, que se suma a la capacidad jurídica de la que se es titular desde el momento del nacimiento (arts. 29 y 30 del Código Civil), por lo que debería entenderse que a la aptitud de tenencia y goce de derechos y la titulari-



dad de las obligaciones, se añade la capacidad de ejercicio de los mismos. Sin embargo, cuando se trata del menor de edad pareciera que la situación varía.

En la regulación originaria del Código Civil se equiparaba la minoría de edad con la incapacidad, en general, por razón de edad, y su rasgo específico era la consideración general de los menores como «incapaces» de actuar por sí solos en los actos de la vida civil<sup>19</sup> (GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., 2017, 486) o en general en cualesquiera otros que afectasen al ámbito jurídico. Esta situación producía la necesidad de nombrar unos representantes que suplieran la incapacidad del menor, quedando los menores al margen de las decisiones que les afectaban. A tenor de la normativa aprobada hasta la fecha la consideración jurídica del menor ha sido modificada y «ha pasado de ser un sujeto sometido a la patria potestad y por tanto, carente de poder de decisión, al ser sus progenitores quienes guiaban y controlaban su actuación en todos los sentidos, a ser un sujeto con mayor protagonismo que debe ser oído, escuchado y consultado en las actuaciones que se desarrollen en torno a su persona ya sea: en el ámbito social, familiar, escolar o patrimonial»<sup>20</sup> (VERDERA IZQUIERDO, B., 2017, 519). La legislación aprobada hasta ahora ha puesto en marcha «una nueva filosofía sobre el menor para otorgarle un mayor protagonismo y reconocer el papel trascendental que este desempeña en la sociedad»<sup>21</sup> (LIÑÁN GARCÍA, A., 2014, 9).

En el ámbito procesal pareciera sin embargo que los menores no gozan de capacidad procesal hasta que no alcanzan la mayoría de edad, aunque «el artículo 7.2 LEC permite que incluso quienes no ostentan la plena capacidad procesal puedan comparecer asistidos, autorizados, habilitados o con la representación del defensor exigido por la ley. Pareciera que la infancia y adolescencia desaparecen del panorama procesal y en definitiva, de todo proceso, puesto que el estudio del proceso civil se aborda con pretensiones generalistas»<sup>22</sup> (DELGADO CASTRO, J., 2016, 9). De todas formas, se les permite actuar directamente sin representación en algunas ocasiones (art. 158,160.3, 162.2.1 y 167 del Código Civil), expresamente así se indica en el artículo 162 del Código Civil<sup>23</sup>, y en general siempre que sus actos tienen relación con los derechos de la personalidad. En esta línea el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) reformada por las leyes comentadas en el epígrafe previo establece en su artículo 2.1 que: «Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor». Con esta referencia, o bien nos replanteamos el concepto de capacidad de obrar, lo que sin duda es complejo, o bien reconocemos un cierto grado de autonomía en la teórica «no» capacidad de obrar del menor, o en la clásica interpretación de la incapacidad de los menores para obrar en el ámbito jurídico.

A la luz de estas observaciones creemos que no es posible hoy afirmar que los menores tengan capacidad jurídica pero no capacidad de obrar, pues esta se

haya limitada pero no es inexistente; los menores carecen de capacidad de obrar en el más amplio sentido, pero su actividad no está completamente limitada a los dictámenes/opiniones/criterios de quienes ostenten la patria potestad o, en su caso, si corresponde, a lo que determinen las administraciones públicas<sup>24</sup> (VILLAGRASA ALCAIDE, C., 2016, 32). La legislación otorga cada vez mayor peso a la autonomía del menor en el ejercicio de sus derechos, tomando en consideración sus condiciones de madurez y otorgándole protagonismo frente a otros intereses o derechos en juego, potenciado así el libre desarrollo de su personalidad; ese es el cambio en el estatuto jurídico del menor. Ahora bien, aunque la normativa precise la titularidad de derechos del menor, solo podrá ejercitarlos en mayor o menor grado según se aprecie su nivel de madurez; en el mismo sentido, no se puede negar que el menor posee una capacidad de obrar progresiva, que conforme a su edad y grado de madurez adquiere progresivamente<sup>25</sup> (LIÑÁN GARCÍA, A, 2014, 12).

En definitiva, podemos afirmar que el menor tiene capacidad de obrar en defensa, interés y en el ejercicio de los derechos reconocidos por la legislación. Esta afirmación no es una postura doctrinal, es una realidad jurídica que se manifiesta fundamentalmente en el ejercicio de los derechos reconocidos no solo por la propia ley del menor, también por la jurisprudencia<sup>26</sup>.

Autonomía y protección son pues los pilares que sustentan el estatuto jurídico del menor en la actualidad<sup>27</sup> (VERDERA IZQUIERDO, B., 2017, 520). Autonomía, que viene a garantizar que ejercitará progresivamente sus derechos y la participación activa en los asuntos que le afectan evolucionando en función de la adquisición de mayor madurez; protección, que garantiza que el menor tome las mejores decisiones para permitir su desarrollo. Desde este enfoque vamos a analizar como es el papel del menor en el ejercicio de sus derechos y específicamente, en el ejercicio de los mismos en los conflictos en el ámbito familiar y especialmente en el establecimiento del régimen de visitas.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño proclama como derechos que atribuye al propio menor: libertad de expresión, libertad de pensamiento, de conciencia y religión, libertad de asociación y el derecho a celebrar reuniones pacíficas, derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, honra y reputación. En el mismo sentido se manifiesta la Carta Europea de los Derechos del Niño y con mayor detalle la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) que en su Título I comienza enunciando un reconocimiento general de los derechos contenidos en los Tratados Internacionales de los que España es parte, que además deben ser utilizados como mecanismo de interpretación de las distintas normas de aplicación en las personas menores de edad.

En el Título I Capítulo I en su artículo 2, la LOPJM reconoce: la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de las necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocio-

nales y afectivas<sup>28</sup>. La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor así como su derecho a participar, progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal en el proceso de determinación de su interés superior. El derecho a preservar su identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. En el Capítulo II del Título I enumera derechos concretos: Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4 LOPJM); derecho a la información (art. 5 LOPJM); libertad ideológica, de conciencia y religión (art. 6 LOPJM); libertad ideológica (art. 6 LOPJM); derecho de participación, asociación y reunión (art. 7 LOPJM); derecho a la libertad de expresión (art. 8 LOPJM) y el derecho a ser oído y escuchado (art. 9 LOPJM).

En definitiva, conforme a este nuevo marco jurídico consecuencia del reconocimiento de un nuevo status de menor, se confiere a este un amplio elenco de derechos no exento de problemática, especialmente por los conflictos que pudieran producirse cuando el menor no está de acuerdo, bien con la administración pública, bien con los titulares de la patria potestad.

### III. LOS PRINCIPIOS RECTORES PARA LA ACTUACIÓN DEL MENOR Y SOBRE EL MENOR

Dos son los principios fundamentales que operan en las actuaciones en las que están involucrados menores y, reviste un carácter especial en su interpretación la nueva regulación del artículo 2 LOPJM que intenta suministrar criterios de concreción y ponderación para establecer un marco general y los elementos que deben ser tenidos en consideración para resolver los conflictos que pudieran plantearse cuando es «parte» un menor; estos criterios dan herramientas básicas para resolver los conflictos que se puedan plantear entre el menor y aquellos que tienen capacidad para decidir sobre el menor<sup>29</sup> (GUILARTE MARTÍN-CALERO. 2017, 103).

El artículo 2 LOPJM establece que el menor tiene derecho a que su interés sea valorado y tenido en consideración en todas las acciones y decisiones que le conciernen. En el apartado segundo del mismo artículo se establece, a efectos de interpretación de ese interés, los criterios generales [en los apartados a), b), c) y d)] que serán de aplicación en su interpretación. En el tercer apartado del mismo artículo se enumeran los elementos generales que se han de ponderar en la aplicación de los criterios enunciados, haciendo mención el artículo 2.4 al criterio prioritario del interés del menor frente a otros intereses en conflicto y, el artículo 2.5 realiza una especial mención a las garantías que han de respetarse en todos los procesos que afecten a los menores.

De todos los principios rectores, criterios generales y elementos a ponderar que enuncia el citado artículo, nos merece especial importancia por las razones que procedemos a exponer, la edad y madurez del menor, el interés prioritario del menor y su derecho a ser oído y escuchado, aunque de una forma u otra sea necesario integrar todos los enunciados para establecer elementos que permitan una toma de decisiones justa y en el respeto a la legislación.

1. LA CAPACIDAD NATURAL DE OBRAR DEL MENOR. EL AUXILIO DE PERITOS Y SU PROBLEMÁTICA

Nos recuerda MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA<sup>30</sup> (MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, K., 2007, 32) que en la clínica médica psicológica y psiquiátrica, la capacidad se define como «la aptitud del individuo de entender lo suficiente como para tomar una decisión autónoma, entendiendo los riesgos, beneficios y alternativas cuando se consideran varias posibilidades; razonar racional y lógicamente; decidir razonablemente; y hacerlo sin coerción, libremente». En consecuencia la capacidad natural de obrar sería el concepto clave para conceder al menor una capacidad de obrar (jurídica) acorde con su capacidad natural, que será el supuesto habilitante que le permita el ejercicio de sus derechos en virtud de esa capacidad y en cumplimiento de la legislación<sup>31</sup>.

En este sentido la capacidad natural de obrar debería pues poder equipararse a la adquisición o percepción de un grado de madurez en el menor que le permita valorar la toma de decisiones respecto al ejercicio de sus derechos, teniendo en consideración las implicaciones sociales de su decisión, las consecuencias en su evolución y en el desarrollo de su personalidad, pero también los efectos en el ámbito jurídico. Ese grado de madurez determinará el nivel de autonomía en el ejercicio de sus derechos y el respeto a su interés y decisión. Ahora bien, la minoría de edad se caracteriza por ser un proceso evolutivo de maduración que cursa de forma diferente en cada individuo, por lo que no podemos hablar del menor, sino de diversos menores según su grado de madurez<sup>32</sup> (IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> I. de la, 2015, 2) y discernimiento.

Entendemos que en el respeto a esa evolución diferente del menor, de cada menor, la legislación no establece legalmente una edad concreta en la que podamos presumir una capacidad natural en el menor, y engloba a todos los menores en una única categoría sin valorar cronológicamente su grado de madurez aunque, como veremos, la legislación parece diferenciar en esta única categoría dos figuras, los menores y a lo que denominaremos menores-mayores a partir de los 12 años.

Ahora bien, el ejercicio de los derechos del menor queda vinculado a la percepción de su capacidad natural y empleamos conscientemente la palabra «percepción», por cuanto la normativa no establece procedimientos concretos o

parámetros generales que puedan ser aplicados en la determinación de su grado de madurez; si los hubiera, se evitaría la subjetividad en las consideraciones sobre la capacidad natural de aquellos que deben decidir si el menor tiene o no esa capacidad natural que le permite ejercitar sus derechos<sup>33</sup>, o en la apreciación de lo que supone su interés, y ello aun cuando el preámbulo de la LO 8/2015 de 22 de julio en su justificación a la modificación que produce sobre la LOPJM expone que: «es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio».

Las normas procesales españolas no detallan la forma en la que se debe proceder para establecer el nivel de madurez del menor, si bien a nuestro juicio deberían ser aplicables, especialmente a partir de los 12 años, las mismas pautas y presunciones que en los procesos de incapacitación de un mayor de edad, donde se presume la existencia de capacidad de obrar a lo largo de todo el proceso<sup>34</sup> (HUETE NOGUERAS, J. J., 2017, 92), y lo que hay que probar es su ausencia complementando la capacidad donde fuera necesario.

El artículo 200 del Código Civil y el 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establecen tasadamente las causas de incapacitación centrando el proceso en la determinación de si la persona a la que se pretende incapacitar tiene la aptitud necesaria para obrar por sí misma con autogobierno. Se considera pues la incapacitación una medida de protección que se aplica en aquellos ámbitos en los que sea necesario, estableciendo la legislación el procedimiento y el grado de incapacidad<sup>35</sup> (RODRÍGUEZ CANO, M.<sup>a</sup> V., 2015, 1 y sigs.). ¿Sería viable aplicar este proceso también a los menores de edad?

Tanto la incapacitación como la determinación de la madurez del menor tienen un mismo objeto, establecer si la persona tiene capacidad de gobierno sobre los actos de su vida, si bien no se aplican las mismas presunciones en uno y otro caso. Mientras que en los procedimientos de incapacitación tal y como refiere la sentencia 341/2014 de 1 de julio del Tribunal Supremo: «...la exploración judicial juega un papel determinante para conformar la convicción, hasta tal punto, que un tribunal no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona». En los procesos que afectan a los menores bien se solicita la ayuda de especialistas psicólogos, en el mejor de los casos, o bien, como sucede en la mayoría de las ocasiones se decide sobre el menor, sin oír al menor teniendo en consideración únicamente su edad.

La evaluación de la capacidad del menor es crítica para el ejercicio de sus derechos y en términos generales, con los que mostramos disconformidad, parece

que no se considera una apreciación propiamente jurídica. A nuestro juicio, los jueces son capaces de apreciar si existe o no esa capacidad natural del menor tal y como sucede en los supuestos de incapacitación de los mayores de edad. Sin embargo, cuando se trata de menores, el juzgador suele requerir, para determinar la madurez del menor y que sea escuchado, de apoyo técnico que le auxilie en la percepción de la capacidad natural del menor; la falta de regulación de estas cuestiones provoca una inseguridad jurídica que pone al menor en una situación de incertidumbre en el momento de ejercitar sus derechos. La mayor parte de la doctrina, opina que el nivel de madurez del menor debe ser valorada por profesionales a fin de garantizar una atención de calidad. ¿No sucede lo mismo en los casos de incapacitación? ¿Debe ser también valorado por expertos?

Como pone de relieve CUENCA ALCAIDE<sup>36</sup> (CUENCA ALCAIDE, B., 2014) en España resulta cada vez más frecuente la intervención de los psicólogos forenses en los tribunales, aunque la necesidad de la intervención de estos como peritos se viene planteando desde principios del siglo XX. En Estados Unidos se comenzó a utilizar a partir de 1962, en España la generalización del uso de la psicología es mucho más reciente. Puede decirse que fue a través de la llamada Ley del Divorcio del año 1981, cuando se introdujo en el Código Civil el dictamen de especialistas como un elemento auxiliar del enjuiciamiento.

El ámbito de esta prueba pericial tiene por finalidad la aportación de los conocimientos científicos referidos a la psicología infantil y a otras ramas del conocimiento relativas a las relaciones interpersonales, si bien la referencia a estos peritos en las normas procesales no se corresponde con su amplia utilización, ni con su enorme impacto en los procesos, pues esta es casi inexistente. Los profesionales encargados de acompañar y evaluar las capacidades de los niños y niñas debieran tener forzosamente una formación específica, especializada e interdisciplinar, que debería abarcar todos los supuestos conflictivos en los que puede estar implicado el menor: psicología forense, médicos forenses, policías, agentes de inmigración, trabajadores, mediadores sociales y por supuesto abogados, fiscales y jueces.

En lo que al ámbito del derecho de familia se refiere, la Ley de Divorcio Exprés de 2005 menciona la intervención de estos peritos, hablando del equipo técnico judicial en algún párrafo y en otro de especialistas debidamente cualificados. La existencia de esos Equipos Judiciales no está amparada por ninguna disposición con rango de ley y constituyen una irregularidad en el conjunto de los llamados peritos judiciales, pues se enmarca en el denominado dictamen de especialistas del artículo 92.9 Código Civil, por ello creemos que el juez tiene la facultad de pedir su auxilio o no y en la apreciación del nivel de madurez del menor, lo consideramos innecesario.

La situación de estos peritos en el ámbito de los procesos que afectan a los menores es tan irregular como su importancia, no solo laboralmente, también en su formación. El estatus laboral de estos peritos es el de personal contratado

al servicio de la Administración de Justicia autonómica, no son funcionarios de carrera, ni tiene plaza alguna en propiedad. Su relación laboral con la Administración se puede romper en cualquier momento por decisión de la Consejería competente de la Comunidad Autónoma respectiva, y tampoco requiere de especiales requisitos por parte de la administración para su contratación, por lo que en ocasiones, no tan infrecuentes, pueden no estar ni tan siquiera colegiados como psicólogos, cuando debería constar su graduación y cualificación como expertos<sup>37</sup> (HUETE NOGUERAS, J. J, 2017, 93) Cuando emiten su informe no se exige inexcusablemente la ratificación personal del especialista, siendo suficiente que se dé traslado a las partes del informe para que puedan efectuar alegaciones. Tampoco existe una metodología concreta que sustente el estudio realizado por los peritos, al menos una que sea recogida oficialmente como la más adecuada o la más eficaz, por lo que la utilización de unas u otras técnicas dependen del saber y entender del psicólogo forense que las efectúe, así como de su orientación teórico práctica en el manejo de las pruebas que considere mejores para sus objetivos, e incluso de su inclinación doctrinal; sugerimos que pueda servir, al menos de inspiración para la realización de los análisis periciales en los procesos en los que estén involucrados menores, a falta de otras indicaciones, el libro blanco publicado por el colegio de psicólogos de Madrid<sup>38</sup> que da al menos, unas pautas claras sobre la intervención de los psicólogos en estos ámbitos<sup>39</sup>.

Por otro lado, la vinculación del psicólogo o equipo de psicólogos adscrito al juzgado (en realidad, las pruebas suelen ser realizadas por un único perito, por lo que la referencia al «equipo adscrito al juzgado» queda, en la práctica, sin efecto) no es funcional, por lo que si su actividad resulta impropia, susceptible de cualquier tipo de indicio delictivo, o el informe no presentara una información fiable, o no respetara el objeto solicitado por el juez, no debería ser aceptada como prueba válida, pero no sería posible actuar contra quien hubiera emitido el informe en sede judicial; tampoco cabe recusación, pues no suele quedar identificado quien realiza el informe, ni tampoco ratifica en sede judicial, ni los colegios de psicólogos ejercen ningún control sobre estos profesionales. En definitiva, un dislate que pudiera provocar una lesión de los derechos fundamentales del menor, o de aquellos implicados en el proceso. En este sentido planteamos quizás como instrumento alternativo el que propone el fiscal Javier HUETE<sup>40</sup> (HUETE NOGUERAS, J. J., 2017, 96): «a la vista de las importantes y numerosas funciones que la ley atribuye al fiscal en materia de protección de menores, se propone, en primer lugar, la profundización en el proceso de unificación de las áreas y responsabilidad penal de menores y de protección en una única sección y la necesidad de dotar a estas secciones de un mínimo de medios personales y materiales que permitan a los fiscales ejercer sus funciones de manera efectiva, evitando que sus esfuerzos queden limitados a un simple voluntarismo carente de operatividad práctica... debe modificarse

el artículo 174 del Código Civil, en orden a que el fiscal pueda auxiliarse de otros técnicos distintos de los de la propia Entidad Pública, para mejor valorar el superior interés del menor en los concretos casos en los que sea necesario».

El aumento en la conflictividad que afecta a menores, especialmente en el caso de situaciones de crisis familiar supone, que en la mayoría de las ocasiones la labor de estos profesionales adscritos al juzgado está numéricamente desbordada, y los informes se realizan individualmente sin que se impliquen cuanto menos dos profesionales, por lo que el impacto de una única persona, que es quien elabora el informe, es sorprendente, y coloca a las partes del proceso y especialmente al menor en una situación de inseguridad jurídica sobrecogedora. La irregularidad que ponemos de manifiesto afecta a la inaplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que aun cuando establece que se pueda designar un perito de entre la lista confeccionada por el colegio de psicólogos, la realidad es que si en un Juzgado de Familia existe un Equipo Psicosocial, normalmente compuesto por uno o varios psicólogos y un trabajador social, directamente confiere a este el encargo, no procediéndose por tanto en la forma establecida en la LEC para la designación de peritos judiciales, que sin duda, como previó el legislador, garantiza en mayor medida la imparcialidad, la profesionalidad y la neutralidad de los informes.

Dado que la actividad de los equipos psicosociales es manifiestamente mejorable, desde estas líneas recomendamos firmemente la regulación de estos equipos adscritos al juzgado y, en nuestra opinión, sería conveniente que fueran funcionarios asignados como auxilio a los juzgados y derogar (si bien es cierto que no se aplica) la posibilidad que regula la LEC, de la designación de peritos psicólogos de entre una lista elaborada por el Colegio de psicólogos. Así mismo creemos que la Administración de justicia debiera contemplar la convocatoria de unas oposiciones para psicólogos especializados en menores, con un temario que abarque cuestiones también jurídicas de ámbito nacional, como sucede en el resto de operadores jurídicos que realizan su labor adscritos a un juzgado, o a la fiscalía y que auxilien al juez, al tribunal o al fiscal en el desempeño de sus funciones<sup>41</sup>. Creemos que de esta forma se podrían subsanar las deficiencias que se ponen de manifiesto día a día en los juzgados, o bien optar por que sea el juez, como en los procesos de incapacitación, quien aprecie si el menor tiene o no capacidad para decidir sobre las situaciones que le afectan.

Como manteníamos en líneas previas, el impacto y repercusión de los informes en los procesos judiciales en los que se ven involucrados menores es enorme, y no pueden ser recurridos, tampoco sometidos al principio de contradicción, pues solo caben realizarse alegaciones y la presentación de informes de otros peritos es considerado generalmente como «informe de parte», partiendo de la presunción de que el informe psicosocial de los equipos adscritos al juzgado es neutral y el de parte, parcial<sup>42</sup> (RUIZ TEJEDOR, M.<sup>a</sup> P., ANDREU RODRÍGUEZ, J. M., y PEÑA RUIZ, M.<sup>a</sup> E., 2016, 77). A mayor abundamiento,



el informe emitido por el equipo psicosocial, generalmente en las primeras instancias del procedimiento, es utilizado como prueba durante todo el proceso y en las sucesivas instancias, sin que sea posible la realización de nuevas pruebas de otros equipos psicosociales. La práctica habitual demuestra el reconocimiento y el alto peso que otorgan a estos dictámenes en relación a su propio proceso de toma de decisiones los jueces y magistrados, y por ello creemos urge una regulación que confiera seguridad jurídica a estos informes.

En resumen, apreciar la capacidad natural del menor<sup>43</sup>, si el juez lo cree necesario, puede requerir del auxilio de especialistas que, con su criterio y dado el peso que confieren los jueces y magistrados a los informes del equipo psicosocial será en realidad en quien recaiga la decisión sobre si el menor puede o no ejercitar sus derechos. La situación es cuanto menos peculiar y genera una inseguridad impropia en el ámbito jurídico, provocando incertidumbre en la diversidad de procesos en los que puede verse involucrado el menor respecto a la percepción de su edad o madurez, máxime cuando la determinación de esa madurez es requisito para el ejercicio de sus derechos.

## 2. EL INTERÉS DEL MENOR

El segundo principio es el interés del menor, que es el criterio rector de toda la legislación sobre menores y vincula a todos los agentes familiares, sociales y jurídicos que tengan que tomar decisiones en procesos en los que estén involucrados menores, no solo en supuestos conflictivos, sino también en las situaciones cotidianas<sup>44</sup> (ASENSIO SÁNCHEZ, M. A, 2006, 70). En nuestro ordenamiento, el interés del menor fue introducido por la reforma del Código Civil de 1981 y es el eje de la regulación de la LOPJM y de las últimas leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.

Forma parte de esos principios generalistas denominados como conceptos jurídicos indeterminados<sup>45</sup> (PÉREZ ÁLVAREZ, M. A, 2017, 110, y VERDERA IZQUIERDO, B., 2017, 525) o cláusulas generales, que por su indefinición plantean problemas complejos en su concreción<sup>46</sup> (REVELLAT BALLESTÉ, I., 2012, 89) puestos de relieve por la doctrina<sup>47</sup> (DÍEZ PICAZO, L., 1984, 127) y de los que la jurisprudencia se ha hecho eco también<sup>48</sup>. Las claves de las últimas reformas pivotan en torno a la nueva forma de concebir ese interés que la doctrina coincide en conformarlo con un triple contenido<sup>49</sup> (NÚÑEZ ZORRILLA, C., 2015, 125; VILLAGRASA ALCAIDE, C., 2016, 35; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., 2017, 491). Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que cuando se adopte una medida que le concierna sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses a valorar, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo de manera

que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Además, este principio es también una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

La indeterminación o la falta de rigidez del principio «interés del menor», permite mantener tanto su validez a lo largo de un amplio periodo de tiempo como la actualización constante del principio en su interpretación de manera acorde con la evolución social y jurídica que se vaya produciendo, adaptando el mandato legal a cada supuesto concreto en atención a la diversidad de sujetos y circunstancias que puedan presentarse. Como aspecto negativo de su indeterminación y en general en la legislación que incluye este tipo de cláusulas, se encuentra sin duda el problema que plantea la interpretación «personal» del «interés del menor», que puede acarrear desviaciones notables pues como todo concepto jurídico indeterminado<sup>50</sup> ha de ser dotado de contenido concreto en cada supuesto<sup>51</sup>, mediante la aplicación a las circunstancias específicas de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado concreto<sup>52</sup>.

El nuevo artículo 2 LOPJM enuncia aspectos concretos que deben ser tenidos en consideración y ponderarse en cada supuesto: La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor; la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia; se deberá preservar el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor; la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. Si bien, sigue sin concretarse cuando el menor puede determinar «su» interés o cuál es ese interés.

Como afirma RIVERO<sup>53</sup> (RIVERO HERNÁNDEZ, 2007, 93), cuando tratamos de determinar cómo y quién decide cuál es y cómo se concreta ese interés del menor nos enfrentamos a una primera divergencia. Las personas que abordan y deciden esa cuestión, por regla general representantes legales, jueces y los demás operadores jurídicos implicados, no actúan de manera aséptica y neutral, sino que por el contrario en la mayoría de las ocasiones no logran sustraerse a sus propias convicciones y prejuicios y, actuando con la mejor intención, consciente o inconscientemente encaran la cuestión y valoran ese interés desde su propia óptica vital e ideología, en lugar de hacerlo pensando única y exclusivamente en el niño, con sus necesidades, sentimientos y escala de valores que pueden ser distintos a los suyos.

Cuando la opinión del menor difiere de la administración pública<sup>54</sup> (DE PALMA TESO, A., 2011, 185), de aquellos que ostentan la patria potestad o de los operadores jurídicos, generalmente se establece cuál es el interés del menor justificando la decisión que afecta al menor en la defensa de ese principio inspirador y, en general, sin mayores argumentos<sup>55</sup>. En aquellos casos en los que la decisión se toma en contra del criterio del menor, suele justificarse estableciendo que la opinión del menor es un mero deseo, pero la opción de quienes deciden su interés, un valor para el desarrollo, para la formación de la personalidad del menor sin que sea motivado el «supuesto» interés del menor, lo que en ocasiones puede generar un problema de vulneración de derechos y de inseguridad jurídica.

A nuestro juicio, si se distingue deseo e interés (como única razón para hacer prevalecer el criterio contrario a lo decidido por el menor), de hecho la nueva legislación establece como criterio «la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor», lo que sucede es que se desvirtúa la esencia del principio que justifica una autonomía en la capacidad de actuar del menor, por cuanto impide el cumplimiento de la razón que da fundamento al reconocimiento de cierta autonomía, favorecer el desarrollo de la personalidad del menor en el respeto a su criterio y decisión siempre, claro está, que se haya reconocido en el menor esa capacidad natural de la que hablábamos en páginas precedentes.

Como señala el informe del Defensor del pueblo «a la dificultad intrínseca que implica la determinación del superior interés del menor en cada caso ha de unírsele el riesgo de abuso del mismo por parte de las autoridades, fruto de determinaciones apriorísticas por motivaciones ideológicas o por prioridades en la asignación de recursos públicos; por los padres o tutores, en defensa de sus propios intereses; o por los profesionales implicados, que pueden desatender la obligación de contemplar el interés superior por considerarlo carente de importancia o por padecer limitaciones de medios que compliquen asumir esa tarea. El deber de escuchar la opinión del menor es una garantía frente a ese riesgo».

La utilización de los sustantivos en la toma de decisiones respecto al menor no es cuestión baladí. Como veíamos, especialmente en el ámbito judicial, cuando hay diferencias en la toma de decisiones con el menor suelen utilizarse como términos contrapuestos «deseo» en el menor e «interés» del menor. El Diccionario de la Real Academia define deseo como: «Movimiento afectivo hacia algo que se apetece»; Interés como: «provecho, utilidad, ganancia»; y, criterio como: «norma para conocer la verdad», «juicio o discernimiento». Cuando se mantiene que son deseos del menor se prima la afectividad y el gusto sin criterio del menor; pero cuando hablamos de interés, presupone un bien para el menor frente a sus gustos o voluntades caprichosas. La presunción en el menor en ese caso, es respecto a su falta de capacidad natural, a su falta de criterio, presumiendo la existencia de ese acierto en la decisión sin que en realidad prime el interés del menor o sin que este pueda defender su criterio;

en definitiva, «todo por el menor, pero sin el menor» lo que revela una actitud proteccionista que no solo priva al menor de una capacidad reconocida jurídica<sup>56</sup> y socialmente, también del desarrollo de su autonomía. Esto sucede en la mayoría de las ocasiones por el rol que tiene el menor en los supuestos procesales en los que puede estar implicado, si bien nos ocuparemos de ello en el epígrafe correspondiente. En resumidas cuentas, lo que podemos afirmar es que es un hecho que en decisiones trascendentes para la vida del menor contra el criterio del menor (si este tiene reconocida capacidad natural y se aplica una interpretación restrictiva de su limitación de la capacidad de obrar —como sostiene nuestra legislación— debiera emplearse el término criterio, en vez de deseo) se decide en su interés por quienes determinan cuál es su interés, a veces sin tan siquiera proceder a su escucha.

A nuestro juicio, la determinación del interés del menor especialmente en aquellos casos en los que el criterio del menor difiere de los que deciden cuál es su interés, debería responder, no a criterios susceptibles de ser cuestionados por no objetivables, que presumimos bien intencionados, sino en función de criterios objetivables especialmente en el ámbito judicial. Así la sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008 de 22 de junio que en su FJ6 ya establecía lo que reitera el Tribunal en la sentencia 16/2016 de 1 de febrero (FJ6) «...el interés superior del niño obliga a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada», pues lo contrario supondría una vulneración de la tutela judicial efectiva<sup>57</sup>.

La escucha del menor y la posible vulneración de sus derechos (enunciado expresamente en el artículo 3 f LOPJM «...de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara» y de forma tajante en el preámbulo) debiera ser el principal criterio jurídico para establecer su interés, pues la dignidad y el concepto de persona que establezca el ordenamiento y las vivencias familiares, sociales y judiciales contribuirán a la formación de la personalidad del menor y a su concepción responsable como persona y ciudadano. Es decir, al precisar el interés del menor, especialmente cuando la decisión se produce en contra de su criterio, deberían formularse preguntas tales como: ¿Menoscaba la dignidad del menor? ¿Vulnera su libertad de conciencia? ¿De pensamiento? ¿Su libertad religiosa? ¿Su derecho al honor? ¿Le causa un daño moral? ¿En qué medida incide en el desarrollo de qué tipo de personalidad?

Como recuerda SANTOS MORÓN, en ocasiones, en parte de la doctrina se aprecia una cierta incongruencia. Pese a que se afirma con generalidad que el menor debe decidir por sí mismo si tiene suficiente capacidad natural, se limita la eficacia de su decisión al supuesto en que la decisión que adopte resulte beneficiosa o no resulte contraria a su interés y «ello equivale a sustituir la voluntad

del menor en todos aquellos casos en que su decisión no resulta razonable según los usos sociales o los parámetros o valores de sus representantes legales... Por consiguiente si la decisión que, de forma consciente y voluntaria, toma el menor puede ocasionarle, a juicio de terceros, consecuencias negativas, debe pese a ello respetarse su opinión, ya que lo contrario equivale a hacer depender la capacidad del menor, no de sus facultades intelectuales y su madurez, sino de la valoración que merezca a otras personas la postura adoptada por este»<sup>58</sup> (SANTOS MORÓN. M. J, 2011, 68).

La construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia consiste en el reconocimiento pleno de la titularidad de los derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos<sup>59</sup> (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2016, 497). Solo desde el respeto a la dignidad del menor contribuiremos a la formación de su personalidad, no al amparo de percepciones sociales cambiantes, o de legislaciones modificables sino en aras a su condición de persona en la búsqueda de decisiones justas. Si logramos que exista una presunción de la capacidad natural del menor permitiremos el progresivo ejercicio de sus derechos para que adquiera poco a poco una madurez en función de las responsabilidades conferidas; de esta forma contribuiremos indudablemente al desarrollo armónico de su personalidad. En cualquier caso nos planteamos ¿Cómo es posible la determinación del interés del menor sin contar con su predisposición y voluntad y sin que su opinión sea tenida en cuenta?

### 3. EL DERECHO DEL MENOR A SER INFORMADO, ESCUCHADO Y A QUE SU OPINIÓN SEA TENIDA EN CUENTA

El tercer principio que viene a completar el interés del menor y el concepto sobre su capacidad natural como supuesto habilitante para el ejercicio de los derechos que tiene reconocido es su derecho a ser escuchado, que se completa por el derecho a ser informado. Las normas internacionales y expresamente el artículo 12.1 del Comité de los Derechos del Niño en su desarrollo doctrinal en la Observación General 12, concreta el derecho de los menores a ser escuchados en los procedimientos administrativos y judiciales. Así mismo el artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor ha quedado reforzado con las modificaciones llevadas a efectos en 2015 y pues no solo establece el derecho del menor a ser oído, también a que se tomen en consideración dos parámetros fundamentales, la madurez (que ya hemos analizado en epígrafes previos) y la edad. Para ello el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a las circunstancias.

El Capítulo IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando trata los procesos matrimoniales y de menores establece en su artículo 770.4 que: «Si el procedi-

miento fuere contencioso y se estima necesario (...) se oír a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años». En la misma línea el artículo 9.2 de la LOPJM establece la presunción de la capacidad del menor fundada en su madurez cuando cumple los doce años: «Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos». Desde esta afirmación, entendemos que se puede sostener la presunción de madurez respecto a la capacidad natural de los menores que hayan cumplido doce años.

A tenor literal de lo expresado por la normativa entendemos que el legislador ha querido distinguir entre los menores de doce años o más y los menores con menos de doce años, y por ello establece claras distinciones entre unos y otros en su participación, si bien la práctica diaria de los juzgados difiere sustancialmente en función de las percepciones, probablemente personales o marcadas por su propio evolución, de jueces y magistrados, en unos u otros juzgados. En las conclusiones del seminario organizado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) sobre instrumentos auxiliares en el ámbito del derecho de familia<sup>60</sup> los magistrados participantes en su conclusiones establecen en las propuestas sobre la exploración de los menores que «la exploración judicial de un menor en el ámbito del proceso civil ha de ser considerada una diligencia judicial a través de la cual el menor ejerce su derecho a ser oído antes que un medio de prueba en el procedimiento del que se trate»; o bien «Los niños, niñas y adolescentes habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales cuando el juez lo estime necesario, no en todo caso»; «evaluado el juicio de necesidad, el juez deberá ponderar si el menor implicado tiene suficiente madurez cuando es menor de doce años. Debe tenerse igualmente presente que no todo mayor de doce años tiene suficiente madurez aunque por ministerio de ley deba ser explorado». Solo un criterio cronológico —el seminario se organizó en 2010— nos hace entender la falta de acuerdo de estas conclusiones con las últimas modificaciones legislativas y de interpretación que reflejamos en estas líneas, pues la presunción de madurez de la que parten las normas internacionales y la propia Ley del Menor, difieren sobremanera de las establecidas en estas conclusiones por los magistrados participantes.

El derecho del menor a ser oído y escuchado complementa los dos principios que hemos tratado en referencia a la intervención cuando hay menores. El primero, la capacidad natural del menor, pues le permite el ejercicio de sus derechos y la participación en los procedimientos en los que directamente va a ver afectada su vida y el desarrollo de su personalidad; sin escucha ni intervención, no hay participación, y el menor se transforma en un sujeto pasivo. Respecto al interés del menor, solo podrá este ponderarse adecuadamente en la medida en la que el menor sea escuchado y exponga las razones que justifican su decisión, sea o no el criterio por el que finalmente opten los que tienen la capacidad para determinar una resolución que finalice con el conflicto, si es que lo hubiere.

Ahora bien, haciéndonos eco del análisis reflejado en el informe del Defensor del Pueblo publicado en 2014<sup>61</sup>, la fórmula legal española, «derecho a ser oído» presenta alguna diferencia conceptual con la Convención; mientras en la tradición española «ser oído» implica fundamentalmente un trámite del que no sigue la obligación de asumir en lo posible la posición de la persona oída, el concepto de escucha en la Convención exige que, además de atender a lo escuchado ha de razonarse la decisión de apartarse de lo manifestado por el menor, por lo que convendría analizar la práctica diaria de determinados juzgados en aras a salvaguardar los derechos fundamentales del menor que pueden ser vulnerados, además de incumplir la normativa internacional.

Los principios que inspiran la concepción del menor como sujeto activo implican un cambio que refleja la nueva redacción del artículo 9 LOPJM (oído y escuchado) y que exige superar las actitudes proteccionistas y potenciar la formación de la personalidad del menor, eso sí, acompañado por quien ostenta la patria potestad o la tutela, pero sin obviar completamente sus decisiones u opiniones, especialmente en aquellas situaciones y circunstancias que marcarán su vida personal y familiar.

Si como defendíamos en líneas precedentes, la capacidad natural del menor debiera presumirse cuando consideremos que es capaz de entender y querer el significado de sus actos dentro de un proyecto vital propio y asumiendo el riesgo de errar en su decisión, de la misma forma que yerran los adultos, la escucha del menor es obligada y debería constituir medio de prueba y ser valorada como un elemento determinante en la toma de decisiones que le afectan, pues especialmente en materia de derechos fundamentales la edad no debería ser condición que delimite su ejercicio, pues su titularidad está fundamentada en la dignidad de la persona y le corresponde al menor en su calidad de persona<sup>62</sup> (MORENO ANTÓN, M., 2011, 97) como exigencia jurídico-constitucional<sup>63</sup> (ASENSIO SÁNCHEZ. M. A., 2006, 29). Si partimos de la consideración del menor como persona, su principal y primordial interés debe ser la protección y salvaguarda de sus derechos de la personalidad, de sus derechos fundamentales<sup>64</sup>, de su dignidad.

No podemos concluir este apartado sin hacer referencia a las últimas líneas del artículo 9.1 de la LOPJM cuando establece que: «...Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias». Es decir, para que el menor pueda decidir coherentemente debe primero recibir información sobre los procesos que le afectan. En este sentido, es frecuente que los operadores jurídicos implicados en el caso de la ruptura de la convivencia de los padres valoren como positivo que los menores no estén al tanto de los procedimientos judiciales, siendo valorado negativamente especialmente por los equipos psicosociales, los centros de atención a la familia o los puntos de encuentro familiar, el que los menores conozcan las situaciones que se están

produciendo por temor a un conflicto de lealtades, lo que es una incongruencia en aras a la defensa del interés del menor maduro. A nuestro juicio, es de enorme importancia que los menores sean informados de las cuestiones que les afectan, y que participe, eso sí, de forma lo más neutral posible<sup>65</sup> (GONZÁLEZ CAMPO, F. de A., 2017, 601). La falta de conocimiento no solo puede generar en el menor angustia e inseguridad, tampoco le permitirá decidir con todos los factores necesarios. Si queremos que los menores sean sujetos activos lo primero que deben tener para poder decidir es información sobre todos los aspectos que le pudieran influir, especialmente trascendente por su impacto en la vida del menor, en los casos de rupturas familiares en el régimen de visitas o en la atribución de guardia y custodia.

#### IV. SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR Y EL ROL DEL MENOR EN ESTOS PROCESOS

En las situaciones de crisis familiar son las normas civiles y procesales las que resultan de aplicación y están agrupadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil bajo el epígrafe «De los procesos matrimoniales y de menores» y en el Código Civil, fundamentalmente en los capítulos VI a XI. Con la intención de profundizar y analizar el papel del menor en estos procesos pudiera parecer de utilidad distinguir a priori entre dos tipos de procesos, los procesos contenciosos de nulidad, separación y divorcio y los procesos de mutuo acuerdo de separación o divorcio. En un juicio prematuro parecería que como en los procesos de mutuo acuerdo el nivel de conflictividad es menor, la intervención del menor no es necesaria, si bien, y manteniendo los principios que hemos defendido a lo largo del presente artículo, aún a pesar de haber acuerdo entre los padres y del mismo modo que cuando hay menores interviene siempre el fiscal, también debería intervenir el menor si lo solicitara, o si su parecer disintiera del acordado por sus padres y pudiera vulnerar sus derechos. En consecuencia, trataremos la participación del menor en todos los supuestos, independientemente del tipo de divorcio, pues en ambos casos, cuando hay menores tienen que ser ratificados ante el juez. Así mismo conviene precisar que los problemas a los que se enfrentan las parejas en un momento de ruptura cuando hay hijos menores son prácticamente los mismos con independencia de que entre ellos exista o no un vínculo matrimonial<sup>66</sup> (ANDRÉS JOVER, J. M., 2003, 227) pues habiendo hijos menores se debe establecer un régimen de guarda y, en su caso de visitas, tanto si hay vínculo matrimonial como si no lo hay, como también tendrán los progenitores que cumplir su deber legal de mantener a los hijos<sup>67</sup> (MORENO TORRES, M.<sup>a</sup> L., 2015, 4).

Todos los expertos coinciden en que una de las cuestiones más problemáticas que se plantean en la práctica del derecho de familia viene constituida por



la atribución de la guarda y custodia sobre los menores y el establecimiento o el cumplimiento, una vez fijado, del régimen de visitas del progenitor no custodio con hijos menores de edad, o incluso también en los casos de custodia compartida, trataremos pues el rol de los menores en estos supuestos desde los principios enunciados en los epígrafes previos.

La decisión de los progenitores de cesar la convivencia afecta de un modo directo e inmediato a los menores y supone un cambio importante en el entorno familiar, afectando de un modo claro el desarrollo de su personalidad pues es posible que cambien también sus condiciones de vida. Las situaciones que venimos a comentar inciden en la vida del menor y resulta de aplicación el artículo 9.1 LOPJM que hemos repetido a lo largo del artículo. A la luz de lo expuesto no se deberían tomar medidas que afecten al menor, especialmente desde los doce años o con antelación si se aprecia madurez suficiente, sin contar con el menor. La protección del interés del menor exige preservar su estabilidad emocional y su salud psíquica, por ello creemos que el menor debiera ser escuchado siempre como un trámite más del procedimiento. En nuestra opinión y a pesar de que el menor pudiera verse afectado en sus condiciones de vida, debiera quedar al margen en lo relativo a los aspectos económicos.

En general existe recelo en los operadores jurídicos para solicitar y practicar la exploración de los menores y aun cuando entendemos que suele ser un momento complejo y difícil, también para los adultos, creemos que la práctica de esta diligencia debiera ser parte del proceso y no una situación excepcional. Desde esta perspectiva, lo que creemos que hay que procurar es que las exploraciones se realicen de forma que el impacto sea mínimo en el menor, pero no limitar la escucha del menor en un intento de sobreprotección que en nada favorece la formación de su personalidad; pensemos que también puede resultar difícil lo contrario, no escucharle y tomar decisiones sobre su vida al margen de su opinión.

El modo en que el órgano judicial practique la exploración de los menores es importante para su percepción de lo que está sucediendo y hoy por hoy dependerá del juzgado y de la sensibilidad del juez<sup>68</sup> (ROMERO COLOMA, A. M., 2012, 7), aunque lo más importante debiera ser que el menor sufra lo menos posible en la exploración; quizás no estaría de más que se emitieran unas pautas más concisas sobre los requisitos que debieran llevarse a efecto en la exploración de los menores (por añadidura también cuando el menor acuda al equipo psicosocial en el juzgado o en los puntos de encuentro familiar<sup>69</sup>), pues aunque existen juzgados de familia especializados, no se exige a estos jueces ni al resto de operadores jurídicos o/y psicólogos o trabajadores sociales, formación específica en relación a los menores.

A este respecto el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hace referencia a la audiencia al menor y establece: «Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal

señale, que no podrá exceder de treinta días. Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuere contencioso y se estima necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario». A los efectos que tratamos, resaltamos el último párrafo del epígrafe 4 que, aun cuando establece unas mínimas garantías, no precisa cuáles.

El artículo 770.4 LEC establece: «...Si el procedimiento fuere contencioso y se estima necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico o judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso a los mayores de doce años...». La propia ley restringe la participación del menor a los procesos contenciosos limitando sus derechos, lo que puede ocasionar una lesión de sus derechos fundamentales. Sorprende que una ley ordinaria limite la participación del menor, cuando una ley orgánica (LOPJM) regula precisamente la participación del menor en todos los asuntos en los que se vea afectado, lo cual entendemos que podría ser causa para la plantear una cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo si el menor solicita ser oído.

En este tipo de procesos el menor, los menores, si son varios hijos son las únicas «partes» del proceso que no disponen de abogado que defienda sus intereses, que pueden o no ser coincidentes con el de ambos padres o con uno de ellos. Ciertamente está el Ministerio Fiscal, institución a la que el ordenamiento ha encargado, entre otras, la función de velar por la defensa de los derechos de los menores (art. 3.7 del Estatuto orgánica del Ministerio Fiscal) y que es el órgano competente para promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley procurando la satisfacción del interés social, pero lo cierto es que hasta el momento en que se produce la exploración, el Ministerio Fiscal es tan extraño al menor como el propio juez. Como establece el FJ 4 de la sentencia 4/2001 del Tribunal Constitucional cuando se analizan los procesos judiciales de familia, no cabe calificarlos como «un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara...». Creemos con el Tribunal Constitucional, en su

sentencia 185/2012, de 17 de octubre, en su FJ 4 que, cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens* (STC FJ2 120/1984, de 10 de diciembre) por la protección integral a la familia que regula el artículo 39.2 de la Constitución y por ello debería regularse de forma diferente su participación en caso de crisis familiar<sup>70</sup>.

Cuestión que no es baladí, al menos en el ámbito jurídico, es si la exploración del menor debe ser considerada como medio de prueba o no. Hay claramente dos posturas doctrinales. La primera considera la exploración del menor como prueba del reconocimiento de las personas, por lo que debería acudir a la regulación contenida en los artículos 353 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), y en particular al artículo 355. Otro sector doctrinal niega este carácter a la audiencia del menor, ya que ni aparece en la relación de los medios probatorios enumerados en el artículo 299 LEC ni rigen los principios de contradicción ni publicidad<sup>71</sup> (ZAERA NAVARRETE, J. I., 2013, 799). Lo cierto es que como afirma GONZÁLEZ DEL POZO no hay grandes diferencias entre las dos posturas, pues la audiencia debe considerarse como un derecho del menor<sup>72</sup> (GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., 2009, 496) que tiene una trascendencia probatoria indudable y que permite obtener un conocimiento relevante sobre el objeto del procedimiento, permitiendo que el menor exprese su opinión sobre los temas que le afectan y que puede generar si el menor tiene madurez suficiente o es mayor de doce años y no se le escucha, la nulidad de actuaciones<sup>73</sup>.

Si la audiencia del menor es un derecho, debería practicarse siempre que se solicite o bien cuando alguno de los menores involucrados tenga al menos doce años o suficiente madurez, independientemente del tipo de proceso. Como comentábamos al comienzo del presente artículo a veces, la conflictividad que se produce en el cumplimiento del régimen de visitas en los «menores — mayores» o incluso en la atribución de la guardia y custodia disminuiría si el menor pudiera expresarse y no someterse a lo que se determine que es su interés.

¿Cómo es posible la determinación del interés del menor sin contar con su predisposición y voluntad, y sin que su opinión sea tenida en cuenta? ¿Cómo entonces se da cumplimiento al mandato del legislador impulsando su autonomía y su configuración como sujeto activo y participativo?

Creemos que el respeto a la dignidad del menor, máxime cuando demuestra suficiente madurez, exige no imponerle contactos indeseados, pues la protección del interés del menor exige preservar su estabilidad emocional y en definitiva, su salud psíquica. En ocasiones, cuando existen conflictos con el cumplimiento del régimen de vistas o respecto a la atribución de la custodia, los agentes implicados por el juzgado bien sean los Puntos de Encuentro Familiar o los equipos psicosociales, o incluso los Centros de Atención a la Familia municipales, imponen a los menores desde la ejecución forzosa del régimen, el sometimiento del menor a medidas de carácter terapéutico a efectos de solventar las causas

o motivos que provocan las incidencias<sup>74</sup>, o el mantenimiento del contacto visual y de comunicación con quien no desean, pasando por diversas soluciones intermedias tales como la reanudación de los contactos a través de un régimen de visitas progresivo, el reinicio progresivo de comunicaciones y estancias a través de un régimen restringido implementado a través de un programa de ayuda impartido por profesionales tendente a recomponer las relaciones rotas; a mejorar las relaciones del menor con el progenitor rechazado o a enseñar a este técnicas o habilidades para interrelacionarse adecuadamente con el menor mediante la aplicación de terapias o tratamientos impartidos por los recursos sociales existentes (derivación al Centro de Atención a la Infancia; derivación al Centro de Ayuda a la Familia; derivación a la Unidad de Orientación a la Familia), o, supeditan la reanudación del régimen de estancias establecido a la buena evolución de la terapia o tratamiento instaurados para la mejora de relaciones parento-filiales.

En el establecimiento de estas medidas, en la mayoría de las ocasiones se ignoran las manifestaciones de los menores que en ocasiones muestran oposición y resistencia a relacionarse con el progenitor no custodio y rehúye su compañía en base a sus convicciones personales, elaboradas a partir de las experiencias propias o al conocimiento de circunstancias objetivas del no custodio que provocan desafección o distanciamiento; así, el menor, puede rechazar a uno de los progenitores, o a ambos porque la relación parento-filial no le resulta gratificante por motivos diversos (graves diferencias de carácter y personalidad, posturas irreconciliables sobre el uso del tiempo de ocio, resentimiento del hijo hacia el padre/madre por hechos pasados que le resultaron especialmente dolorosos) o porque repudia y se avergüenza de determinados actos o circunstancias del progenitor no custodio anteriores o posteriores a la ruptura<sup>75</sup> (GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., 2010). En estos casos, tanto los agentes implicados como los operadores jurídicos presuponen en la mayoría de las ocasiones, que existe un conflicto de lealtades, actuando contra el progenitor con quien el menor expresa que quiere permanecer. Al margen del conflicto jurídico, en las familias en situaciones o no de crisis, el menor tiene capacidad para determinar cuando existe en sus padres una actitud coherente con el también concepto indeterminado «buen padre de familia» (en este caso también «buena madre de familia») al margen de la aptitud sin graves desórdenes psicológicos de los progenitores; es decir, el menor conoce quien, con su comportamiento y actitud actúa como un buen padre/madre.

Si los órganos judiciales son capaces de determinar el interés del menor en los casos de conflictos en los que esté implicado un menor, también deberían ser capaces de ponderar la consideración de buen padre o buena madre independientemente de la ausencia de patologías y no predeterminar la existencia de conflictos de lealtades o síndrome de alienación parental antes de cualquier otro razonamiento. Las relaciones entre padres e hijos, al margen de si existe ruptura de la convivencia o no deben estar presididas cuanto menos por el amor,

pues no se trata solo de una institución jurídica; como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991, las relaciones familiares pertenecen a la esfera del Derecho Natural. Por ello el legislador, consciente de la delicadeza de la materia no realiza una minuciosa reglamentación positiva, y se conforma con establecer un criterio básico que permita la adopción de cualquier medida que pueda afectar a los menores en interés de los mismos<sup>76</sup>; como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1993 tanto el derecho de visitas como la guardia y custodia no son derechos incondicionados en su ejercicio, sino subordinado exclusivamente al interés y beneficio del hijo y en consecuencia el interés del menor debe ser prevalente, escuchado e informado<sup>77</sup>.

## CONCLUSIONES

La protección a la infancia y la adolescencia ha sufrido modificaciones importantes en el ámbito jurídico-procesal y en el enfoque de la concepción del menor y en su capacidad iusfundamental para garantizar a los menores, una protección uniforme en todo el territorio nacional.

El nuevo ámbito normativo regula un *status* particular del menor que es a la par, sujeto de protección como menor, pero también sujeto con autonomía jurídica para poder ejercitar los derechos de los que es titular. Autonomía y protección son los dos pilares que sustentan el estatuto jurídico del menor.

La legislación reconoce hoy al menor, capacidad para actuar en el mundo jurídico en defensa e interés de sus derechos reconocidos por la legislación.

La nueva regulación de la LOPJM (art. 2) pretende suministrar criterios de concreción y ponderación para establecer el marco general de los elementos que deben ser tenidos en consideración para ponderar el interés del menor, pero a pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo han establecido parámetros claros de ponderación respecto al interés del menor, queda establecer criterios que permitan considerar los derechos del menor en primer término.

La consideración de la capacidad natural del menor es crítica para el ejercicio de sus derechos y la regulación del proceso de determinación de la madurez del menor requiere mayor seguridad jurídica.

Debería requerirse una formación específica sobre el menor a todos los profesionales implicados en los procesos que tengan que ver con menores.

## BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS JOVER, J. M. (2003). Heterogeneidad de derechos, acumulación de acciones y procesos, en Ortuño Muñoz (Coord.). *Las Uniones Estables*. CGPJ.

- ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2006). *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid. Ed Tecnos.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2017). El acogimiento residencial en centros de protección específicos de los menores con problemas de conducta en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. En: Mayor del Hoyo, M.<sup>a</sup> V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Ed. Aranzadi.
- CABEDO MALLOL, V. (2016). Principales novedades incorporadas por las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. En, Cabedo Mallol, V. y Ravetllat Ballesté, I. (Coord.), en *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia*. Madrid. Ed. Tirant lo Blanch.
- CUENCA ALCAIDE, B. (2014). Los dictámenes psicosociales en los procesos de familia. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4925>.
- DE PALMA TESO, A. (2011). El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15 (*Ejemplar dedicado a: El menor ante el Derecho del siglo XXI*).
- DELGADO CASTRO, J. (2016). Aspecto procesal de la protección de la infancia y la adolescencia. En: Cabedo Mallol, V., y Ravetllat Ballesté, I. (Coord.) *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- DÍEZ PICAZO, L. (1984). El principio de protección integral de los hijos (Tout pour l'enfant) en *La tutela de los derechos del Menor. I Congreso Nacional de Derecho Civil* (GONZÁLEZ PORRAS) Córdoba 1984.
- GONZÁLEZ CAMPO, F. de A. (2017). El tratamiento procesal del menor. En: Mayor del Hoyo (coord.). *Nuevo régimen jurídico del menor* (VVAA).
- GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. (2009). Medios de prueba. En: HIJAS FERNÁNDEZ *Los procesos de familia: Una visión judicial*. Madrid. Colex.
- (2010). ¿Resultaría jurídicamente posible que los menores pudieran rechazar cumplir el régimen de visitas con uno de los progenitores? *Derecho.com Lefebre 2010 Derecho.com Lefebre. 2010*. [http://www.elderecho.com/civil/Resultaria-juridicamente-discernimiento-rechazasen-progenitor\\_12\\_187185008.html](http://www.elderecho.com/civil/Resultaria-juridicamente-discernimiento-rechazasen-progenitor_12_187185008.html).
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2017). La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta. En: Mayor del Hoyo (coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Madrid. Thomson Reuters Aranzadi.
- HUETE NOGUERAS, J. J. (2017). Desafíos de la nueva ley: nuevos derechos de los menores y papel del Ministerio Fiscal. En: Mayor del Hoyo, M.<sup>a</sup> V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Madrid Thomson Reuters Aranzadi.
- IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> I. DE LA (2015). Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés. *Diario la Ley* núm. 8590, *Sección Documento on-line*, 24 de julio 2015.
- LIÑÁN GARCÍA, A. (2014). La protección jurídica del menor: Especial incidencia de la esfera familiar en su derecho a la libertad religiosa. *Anales de Derecho*, núm. 32.

- MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, K. (2007). La capacidad del menor en el ámbito de la salud. *Salud, Vol. 15, núm. Extra 1*.
- MORENO ANTÓN, M. (2011). La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15 (*Ejemplar dedicado a: El menor ante el derecho del siglo XXI*).
- MORENO TORRES, M.<sup>a</sup> L. (2015). La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho. *Revista Indret, Barcelona, octubre, 4/ 2015*.
- MÚRTULA LAFUENTE, V. (2017). El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género. En: Mayor del Hoyo, M.<sup>a</sup> V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*, Thomson Reuters Aranzadi.
- NÚÑEZ ZORRILLA, C. (2015). El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *Persona y Derecho, Vol. 73, 2015/2*.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2017). Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores. En: Mayor del Hoyo, M.<sup>a</sup> V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Madrid. Thomson Reuters Aranzadi.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2017). El derecho del niño a ser oído y escuchado en todos aquellos asuntos que les afecten. Cabedo Mallol, V. y Ravetllat Ballesté, I. (Coord.). *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2007). La protección de la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos. *Revista de Derecho Universidad Educación a Distancia*, núm. 2.
- (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI, Vol. 30, núm. 2*.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*. Madrid 2007. Dykinson.
- RODRÍGUEZ CANO, M.<sup>a</sup> V. (2015). La incapacitación: nuevo enfoque jurisprudencial de la protección de personas con discapacidad. Novedades en la ley de jurisdicción voluntaria y en el ámbito penal. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10439>.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I. (2003). La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas. *Anuario de la Facultad de Derecho 2002-2003 (Alcalá de Henares), Vol. 2003*.
- ROMERO COLOMA, A. M. (2016). La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales. *La Ley 17250/2012. 25/01/2016*.
- RUIZ TEJEDOR, M.<sup>a</sup> P., ANDREU RODRÍGUEZ, J.M., y PEÑA RUIZ, M.<sup>a</sup> E. (2016). Análisis preliminar de la estructura y consistencia interna de un protocolo clínico-pericial para la identificación de falsas alegaciones de abuso sexual infantil. *International Journal of psychology and psychological therapy, Núm. 16, 73-82*.
- SANTOS MORÓN, M. J. (2011). Menores y Derechos de la personalidad. La autonomía del menor. *AFDUAM núm. 15*.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2017). El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores. En: Mayor del Hoyo (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Madrid. Thomson Reuters Aranzadi.
- VILA RAMOS, B. (2008). La formación del ciudadano, un camino hacia la democracia participativa. *Revista Comunicación y hombre, núm. 4*.

- VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2017). El derecho de la persona del menor de edad: Hacia una disciplina autónoma desde el Derecho Civil. En Cabedo Mallol, V. y Ravetllat Ballesté I. *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*.
- ZAERA NAVARRETE, J. I. (2015). La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm. 413/2014 de 20 de octubre (REC 1229/2013). *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC 120/1984 DE 10 de 10 de diciembre
- STC 141/2000 de 29 de mayo
- STC 4/2001 de 15 de enero
- STC 221/ 2002 de 25 de noviembre de 2002
- STC 71/2004 de 19 de abril de 2004
- STC 153/2004 de 6 de junio de 2005
- STC 152/2005 de 6 de junio de 2005
- STC 185/2012 de 17 de octubre
- STS de 31 de diciembre de 1982
- STS de 18 de marzo de 1987
- STS de 14 de mayo de 1987
- STS de 28 de noviembre de 1989
- STS de 30 de abril de 1991
- STS de septiembre de 1996
- STS de 29 de abril de 2009
- STS de 31 de julio de 2009
- STS de 13 de junio de 2011
- STS de 17 de febrero de 2012
- STS de 20 de octubre de 2014
- STS de 1 de julio de 2014

## NOTAS

<sup>1</sup> Cuando, el 28 de febrero de 1924, el texto de la Declaración, en su original francés, fue solemnemente depositado en los archivos de la República y Cantón de Ginebra, se dijo: «Sin duda, esta declaración no es instrumento diplomático; no compromete a los gobiernos ni a los estados. Es un acto de fe. Expresa una esperanza. Quiere unir en un mismo pensamiento, en una sola confianza, a los hombres y mujeres de todas las naciones». A pesar de ello, la encontramos en la raíz de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1959 y de la Convención de 1989 y es todavía hoy, un referente ineludible. [https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion\\_de\\_ginebra\\_de\\_derechos\\_del\\_nino.pdf](https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf). Son solo cinco artículos que creemos merece la pena reflejar: 1. Debe



procurarse que el niño se desarrolle de una manera normal, material y espiritualmente; 2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser estimulado; el niño desadaptado debe ser reeducado; y el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados; 3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad; 4. El niño debe ser educado en condiciones de ganarse la vida, y debe ser protegido de cualquier explotación; 5. El niño debe ser educado en el sentimiento de que tendrá que poner sus mejores cualidades al servicio de sus hermanos.

<sup>2</sup> LINÁN GARCÍA, A. (2014). La protección jurídica del menor: Especial incidencia de la esfera familiar en su derecho de libertad religiosa. *Anales de Derecho* núm. 32. 2014, 3. <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>

<sup>3</sup> Referenciado y citado por el Informe de la Defensora del Pueblo sobre «La escucha y el interés superior del menor», estudio finalizado y publicado en mayo de 2014 en su página 9. <https://www.defensordelpueblo.es/grupo-social/menores/>

<sup>4</sup> RAVELLLAT BALLESTÉ, I. (2007). La protección de la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos. *Revista de Derecho Universidad Educación a Distancia*. núm. 2. 80. El autor entiendo que se implementa una nueva concepción jurídica del menor, pues la concepción exclusivamente tutiva es sustituida por otra en la que se considera al menor como titular de derechos.

<sup>5</sup> <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/44/25&Lang=S>

<sup>6</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I. (2017). El acogimiento residencial en centros de protección específicos de los menores con problemas de conducta en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio. En Mayor del Hoyo, M.<sup>a</sup> V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del Menor*. Ed. Aranzadi 2017, 270.

<sup>7</sup> «BOE» núm. 210, de 1 de septiembre de 1984, 25291 a 25295 (5 págs.). En este instrumento es considerado menor: Una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años y que no tenga derecho a fijar su residencia, según la Ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido.

<sup>8</sup> El convenio se había firmado en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-1752](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-1752).

<sup>9</sup> Boletín Oficial del Estado, núm 45. Disposiciones Generales. Sec. I, 14174. Esta nueva perspectiva parte de la Recomendación 112 (1990) de la Asamblea Parlamentaria de la Unión y ello se reconoce expresamente en el preámbulo de la norma española que proclama: «Tomando nota del contenido de la recomendación 112 (1990) de la Asamblea Parlamentaria, relativa a los derechos del niño; Convencidos de que deben promoverse los derechos y los intereses superiores de los niños y de que, con este fin, los niños deberían tener la posibilidad de ejercitar sus derechos, en particular, en los procedimientos de familia que les afecten; Reconociendo que los niños deberían recibir la información pertinente con el fin de que puedan promoverse sus derechos e intereses superiores, y que debería tenerse en cuenta la opinión de aquellos; Reconociendo la importancia del papel de los progenitores en la protección y la promoción de los derechos e intereses superiores de los niños y considerando que los Estados deberían, en su caso, participar también en dicha protección y promoción; Considerando, sin embargo, que en caso de conflicto, es oportuno que las familias traten de llegar a un acuerdo antes de someter el asunto a una autoridad judicial, han convenido en lo siguiente...». Siendo de aplicación el convenio en cumplimiento del artículo 1.4 a las siguientes categorías de procesos: procesos que versen sobre la nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos; procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de los hijos menores, sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos; procesos de filiación, paternidad y maternidad; procesos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores; procesos que tengan por objeto la adopción de medidas de protección sobre los menores; procesos que tengan por objeto resolver sobre aspectos relativos al ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo entre los progenitores; procesos relativos al acogimiento

de menores y la adopción; nombramiento de tutor o curador; y en general cualquier proceso de familia en el que los derechos del menor puedan resultar afectados por la decisiones que en el mismo se adopte.

<sup>10</sup> [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC\\_1992\\_013\\_R\\_0430\\_01&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1992_013_R_0430_01&from=ES). núm. C 13/534 a 13/538.

<sup>11</sup> En julio de 2000 entra en vigor *The European convention on the Exercise of the Children's Rights* de 1996, donde, en la materia que afecta a este artículo ya expresa la conveniencia de que los Estados deben promover la participación de los menores en el ejercicio de los derechos y en especial en los procedimientos de familia que les afecten directamente. <https://rm.coe.int/168007cdaf>. Ratificado en España el 21 de febrero de 2015. <https://www.boe.es/boe/dias/2015/02/21/pdfs/BOE-A-2015-1752.pdf>

<sup>12</sup> Desde la aprobación de la LPJM en 1996, se han aprobado otras normas que merecen ser puestas en consideración, entre las que destacamos: Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y su Reglamento (Real Decreto 1774/2004); las enmiendas al Código Penal con respecto a los delitos contra la integridad sexual (Ley 11/1999) y a la protección de las víctimas de malos tratos (Ley 14/1999); Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género; la Ley Orgánica 5/2000 y el Reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 1774/2004 sobre la intervención penal y educativa; la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina; la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

<sup>13</sup> Sigue las recomendaciones emitidas, como expresa el mismo preámbulo de la citada norma en los siguientes informes: el Informe sobre «Centros de Protección de Menores con Trastornos de Conducta y en situación de Dificultad Social» del año 2009; las que contempla el informe del Defensor del Pueblo en el «Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia del año 2014»; las pronunciadas por la Fiscalía General del Estado en las Recomendaciones contenidas en su Memoria del año 2010; las reflejadas en las observaciones finales que el Comité de los Derechos del Niño realizó a España el 3 de noviembre de 2010 y también las emitidas en la Comisión Especial del Senado que estudió la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, cuyo informe fue publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Senado, el día 17 de noviembre de 2010.

<sup>14</sup> Sin ánimo de resultar exhaustivos citamos solo a alguno de los autores que han publicado recientemente. GONZÁLEZ CAMPO, F. de A. (2017). El tratamiento procesal del menor. En: Mayor del Hoyo (coord.) *Nuevo régimen jurídico del menor* (VVAA), 597. El autor subraya con acierto, que en la reforma procesal practicada se detecta una cierta carencia de sistematicidad y coherencia; expresamente sostiene «pese a la profunda reforma del marco procedimental del menor realizada en 2015, parece evidenciar la falta de visión completa, sistemática y con plenitud normativa del estatuto del menor». En el mismo sentido, desde otra perspectiva VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2017). El derecho de la persona del menor de edad: Hacia una disciplina autónoma desde el Derecho Civil. En: Cabedo Mallol, V., y Ravetllat Ballesté, I., *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. 36 y sigs. Subraya la desconsideración absoluta de la incidencia real que supone el tratamiento de la legislación sobre la infancia y la adolescencia como un apéndice del derecho de familia y a la luz de sucesivas reformas que no constituyen un único cuerpo y propone que «quizás sería más conveniente ponernos ya a definir un sistema completo y realmente integral de atención jurídica a toda la infancia y adolescencia».

<sup>15</sup> CABEDO MALLOL, V. (2016). Principales novedades incorporadas por las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. En: Cabedo Mallol, V., y Ravetllat Ballesté, I. (Coord.) *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia*. Madrid. Ed. Tirant lo Blanch, 82, apunta a la in-

terezante posibilidad, por su estudio en profundidad y la posibilidad de establecer conflictos de competencias en el ámbito constitucional, de la posible invasión de competencias de las Comunidades Autónomas en estas materias.

<sup>16</sup> Tal y como indica el preámbulo de la citada ley, la reforma consta de cuatro artículos, veintiuna disposiciones finales, además de siete disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias y una disposición derogatoria. En el artículo primero se recogen las modificaciones de la Ley Orgánica, de Protección Jurídica del Menor; en el segundo las que afectan al Código Civil; en el tercero las correspondientes a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, en adelante Ley de Adopción Internacional; en el cuarto las relativas a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en lo sucesivo Ley de Enjuiciamiento Civil; en la disposición final primera las que afectan a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en adelante, Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa; en la disposición final segunda las relativas a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en adelante Ley de la Autonomía del Paciente; en la disposición final tercera la relativa al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; en la disposición final cuarta la que afecta a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; en la disposición final quinta las que afectan a la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas; en las disposiciones finales sexta y séptima, las relativas a la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y a la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa; en la disposición final octava las correspondientes a la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; en la disposición final novena, la que afecta a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; en las disposiciones finales décima a decimocuarta las que afectan a la modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la Ley 35/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, y al texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril. Las siete últimas disposiciones finales se refieren al título competencial, habilitación normativa a las Ciudades de Ceuta y Melilla y al Gobierno en general, a la creación del registro central de delinquentes sexuales, a las modificaciones y desarrollos reglamentarios, a la incorporación de normativa europea, al no incremento del gasto presupuestario y a la entrada en vigor.

<sup>17</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V. (2017) El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género. En: Mayor del Hoyo, M.<sup>a</sup> V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Thomson Reuters Aranzadi, 150. La autora destaca el acierto de la norma al regular de forma más completa las situaciones de riesgo (art. 17) y de desamparo (art. 18) de los menores; subraya que por primera vez se definen estos conceptos en una normativa estatal, incorporando, como contenido sustantivo, lo que la jurisprudencia y la legislación autonómica habían recogido en los últimos años.

<sup>18</sup> Como sostienen entre otros VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2017). El derecho de la persona del menor de edad: Hacia una disciplina autónoma desde el Derecho Civil. En: Cabedo Mallol, V. y Ravetllat Ballesté, I. (Coord.). *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* Valencia. Tirant lo Blanch, 34. Se trata más de una declaración «intencional y potestativa, que de una verdadera configuración de obligaciones pues se construye desde la perspectiva negativa de su imposición adulta, carente de consistencia coercitiva o sancionatoria...».

<sup>19</sup> GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C. (2017). La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta. En: Mayor del Hoyo (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Madrid. Thomson Reuters Aranzadi, 486.

<sup>20</sup> VERDERA IZQUIERDO, B. (2017). El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores. En: Mayor del Hoyo (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 519.

<sup>21</sup> LIÑÁN GARCÍA, A. (2014). La protección jurídica del menor: Especial trascendencia de la esfera de la familia en su derecho de libertad religiosa y de conciencia. *Anales de Derecho*, Vol. 32, 9.

<sup>22</sup> DELGADO CASTRO, J. (2016). Aspectos procesal de la protección de la infancia y la adolescencia. En: Cabedo Mallol, V., y Ravetllat Ballesté, I. (Coord.). *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia* Valencia. Tirant lo Blanch, 361.

<sup>23</sup> Artículo 162 del Código Civil. Modificado por la Ley 26/2015 de 28 de julio establece que: Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. 2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. 3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de este si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.

<sup>24</sup> VILLAGRASA ALCAIDE, C., *El derecho de la persona menor de edad... Opus cit.*, 32. El autor compara la evolución y dificultad en el reconocimiento jurídico de los derechos subjetivos de los menores con la evolución que ha sufrido el alcance de los derechos de la mujer y sostiene que existe un sesgo en la consideración de los derechos de los menores sujetos «en gran medida a las decisiones e imposiciones de aquellas personas adultas o, en su caso, instituciones, que se erigen con plena legitimación jurídica, en garantes y artífices de su devenir, mientras no lleguen a la mayoría de edad».

<sup>25</sup> LIÑÁN GARCÍA, A. La protección jurídica del menor... *Opus cit.*, 12.

<sup>26</sup> Es inevitable referirse en este caso por casi todas, al menos con un criterio cronológico, a la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000 de 29 de mayo, que en su fundamento jurídico 5 declara que, desde la perspectiva del artículo 16 de la Constitución los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales; en el caso del que se ocupa esta sentencia, de los derechos de los menores a la libertad de creencias y a su integridad moral y se establece que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos no deben abandonarse por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guardia y custodia o, como en este caso, a la patria potestad.

<sup>27</sup> VERDERA IZQUIERDO, B. (2017). El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores. En: Mayor del Hoyo, M.<sup>a</sup> V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Madrid Thomson Reuters Aranzadi, 520, establece que la transformación en la legislación de menor nos permite «pasar de una suplencia absoluta en su actuar a la obtención de una mayor autonomía de acuerdo con la evolución natural de su desarrollo que nos conducirá a un mero apoyo o supervisión de las decisiones a adoptar. Todo esto nos sitúa ante el principio *pro capacitate*, es decir, cuanto más capacidad y madurez tenga el niño mayor autonomía se le concederá, siendo inversamente proporcional el amparo familiar a la edad».

<sup>28</sup> La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009 cuya doctrina se reitera en los pronunciamientos de 13 de junio de 2011 y 17 de febrero de 2012, establece como requisito, en este caso respecto al retorno de un menor desamparado por su familia biológica, el desarrollo no solo físico, también psíquico del menor. Citado por GUILLARTE MARTÍN-CALERO. *El interés superior del niño... Opus cit.*, 103.

<sup>29</sup> GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C., *La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible ...Opus cit.*, 487. La autora sostiene que: «el interés del menor queda atemperado por las reglas que, de una parte, facultan la actuación del menor y permiten tener en cuenta su opinión en los asuntos que le afecten y, de otra, por la naturaleza del *officium* que se atribuye a la patria potestad y tutela que deberá ser ejercida siempre en

interés de los niños, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental».

<sup>30</sup> MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, K. (2007). La capacidad del menor en el ámbito de la salud, *Salud*, Vol. 15, núm. Extra 1, 32.

<sup>31</sup> Tal y como dispone el mismo artículo 2.3 LOPJM: «Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) la edad y madurez del menor...».

<sup>32</sup> IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> I. de la (2015). Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés. *Diario la Ley* núm. 8590, Sección Documento on-line, 24 de julio 2015, 2, establece que la madurez «ha sido entendida como capacidad del menor para expresar sus opiniones sobre las cuestiones del asunto en que esté implicado de forma razonable e independiente». Citado por RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2017). El derecho del niño a ser oído y escuchado en todos aquellos asuntos que les afecten. Cabedo Mallol, V., y Ravetllat Ballesté, I. (Coord.). *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 144. A nuestro entender, debiera también tenerse en consideración, la capacidad del menor de valorar, en la medida de lo posible, los efectos de la decisión que manifieste.

<sup>33</sup> En el Informe de la Defensora del Pueblo sobre «La escucha y el interés superior del menor», estudio finalizado y publicado en mayo de 2014 en su página 47 se establece, en las recomendaciones que se realizan para llevar a cabo las reformas legislativas y organizativas necesarias en materia civil, procesal y de protección de menores, la necesidad de «Eliminar los criterios de edad respecto al derecho del niño de ser escuchado, sustituyéndolos por la presunción de la capacidad del menor para formarse un juicio propio». <https://www.defensordelpueblo.es/grupo-social/menores/>

<sup>34</sup> En el mismo sentido se expresa HUETE NOGUERAS, J. J. (2017). Desafíos de la nueva ley: nuevos derechos de los menores y papel del Ministerio Fiscal. En: Mayor del Hoyo, M.<sup>a</sup> V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Madrid Thomson Reuters Aranzadi, 92. El autor explica la propuesta del Consejo Fiscal frente al texto del anteproyecto de las leyes aprobadas en 2015 y expone que: «no se puede “partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”, por ser esto una limitación al ejercicio de sus derechos».

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ CANO, M.<sup>a</sup> V. (2015). La incapacitación: nuevo enfoque jurisprudencial de la protección de personas con discapacidad. Novedades en la ley de jurisdicción voluntaria y en el ámbito penal. *Noticias jurídicas*. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10439-la-incapacitacion:-nuevoenfoque-jurisprudencial-de-la-proteccion-de-personas-con-discapacidad-novedades-en-la-ley-de-jurisdiccion-voluntaria-y-en-el-ambito-penal/>. En este interesante artículo la autora nos recuerda el enfoque del Tribunal Supremo respecto a la incapacitación citando las sentencias 282/2009 de 29 de abril y el núm. 231/2014 de 1 de julio donde el Tribunal Supremo establece que: «...la incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí determina su forma de ejercicio. De ahí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado». Desde este prisma la autora reflexiona y sostiene que: «El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica». Esto mismo debiera ser aplicado en los procesos que afectan a los menores.

<sup>36</sup> CUENCA ALCAIDE, B. (2014). Los dictámenes psicosociales en los procesos de familia. *Noticias jurídicas*. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4925-los-dictamenes-psicosociales-en-los-procesos-de-familia/>

<sup>37</sup> HUETE NOGUERAS, J. J. (2017). Desafíos de la nueva ley: nuevos derechos de los menores y papel del Ministerio Fiscal. En: Mayor de Hoyo, M.<sup>a</sup> V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del menor*. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 93.

<sup>38</sup> <http://www.copmadrid.org/webcopm/recursos/guiadebuenaspracticassA4.pmd.pdf>

<sup>39</sup> Hay que señalar que los restantes peritos judiciales involucrados en los diferentes procesos están obligados por la Ley Procesal Civil a poner a disposición del Tribunal las pruebas sobre las que se ha fundamentado su criterio técnico, pero no sucede así en el caso de los equipos psicosociales adscritos a los juzgados. Las técnicas instrumentales no son grabadas en video, ni siquiera en cinta magnetofónica y no se ponen a disposición de las partes los resultados de la entrevista, ni los test, por lo que se origina un resultado final carente de control que hace cuanto menos difícil una valoración contradictoria a posteriori por otros peritos.

<sup>40</sup> HUETE NOGUERAS, J. J. *Desafíos de la nueva ley: nuevos derechos de los menores y el papel de...* *Opus cit.*, 96.

<sup>41</sup> Conviene recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en la STC 185/2012 de 17 de octubre en lo que a la labor del fiscal se refiere, en relación a los menores y a los procedimientos de atribución de custodia compartida. Si el Ministerio Fiscal, dispusiera de medios técnicos a considerar por el juzgado o tribunal correspondiente, quizás podría realizar con mayor eficacia las amplias funciones que la legislación le encomienda en relación con la protección de los menores.

<sup>42</sup> RUIZ TEJEDOR, M.<sup>a</sup> P., ANDREU RODRÍGUEZ, J. M., PEÑA RUIZ, M.<sup>a</sup> E. (2016). Análisis preliminar de la estructura y consistencia interna de un protocolo clínico-pericial para la identificación de falsas alegaciones de abuso sexual infantil. *International Journal of phychoology and psychological therapy*, núm. 16, 73-82. En la página 77 los autores mantienen reticencias respecto a los informes emitidos por otros psicólogos que no sean de oficio.

<sup>43</sup> En la actualidad como consecuencia de las últimas modificaciones legislativas, parece existir una presunción de madurez en el menor al cumplir los doce años de edad.

<sup>44</sup> ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2006). *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Madrid, Ed. Tecnos, 70. El autor sostiene que el interés del menor cumple dos funciones ambivalentes en relación con la patria potestad: por una parte es legitimadora de la actuación de sus titulares; y por otra, limitadora de su ejercicio, de tal forma que los actos realizados por los padres que no sean en interés del menor pueden considerarse una extralimitación en sus facultades.

<sup>45</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2017). Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores. En: Mayor del Hoyo, M.<sup>a</sup> V. (Coord.). *El nuevo régimen jurídico del Menor*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 110. VERDERA IZQUIERDO, B. (2017). *El interés del menor versus interés familiar...* *Opus cit.*, 521 y en 525 expresamente sostiene: «A pesar de las especificidades de la regulación, seguirá siendo un concepto indeterminado o abstracto que se deberá puntualizar en cada caso particular según las circunstancias concurrentes».

<sup>46</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, núm. 2, 2012, 89-108. Plantea un interesante análisis compilatorio doctrinal y jurisprudencial del concepto del interés del menor.

<sup>47</sup> DíEZ PICAZO, L. (1984). El principio de protección integral de los hijos» (Tout pour l'enfant) en La tutela de los derechos del Menor. *I Congreso Nacional de Derecho Civil* (Coord. González Porras) Córdoba, 127 y sigs.

<sup>48</sup> Citamos, quizás por ser aquellas que más detalladamente tratan la cuestión las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1987 (*RJ* 1987, 1515), la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1982 (*RJ* 1982, 7988), la STS 28 de noviembre de 1989 (*RJ* 1989, 7915) y la sentencia de 17 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996, 6722).

<sup>49</sup> NÚÑEZ ZORRILLA, C. (2015). El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por la el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Persona y Derecho*, Vol. 73, 2015/2. 125. VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2016). *El derecho de la persona menor...* *Opus cit.*, 35. GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C. (2017). *La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible...* *Opus cit.*, 491.

<sup>50</sup> GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016). *El interés superior del menor...* *Opus cit.*, 115. La autora no solo establece que se trata de un concepto jurídico indeterminado, realiza también una concreción tomando como base la Observación núm. 14 (29 de mayo de 2013)

sobre el derecho del niño a que su interés sea considerado primordial y que fue aprobada por el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño en su 62º periodo de sesiones establece que se trata de «un concepto dinámico, complejo y flexible... que permite acomparar su interpretación...».

<sup>51</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2017). Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores... *Opus cit.*, 111. El autor pone de manifiesto que la necesidad de justificar el interés del menor, ha suscitado en la práctica diversos problemas que tienen relación con tres cuestiones y a las que ha intentado dar respuesta el Tribunal Constitucional: la diversidad de valoraciones judiciales sobre el interés del menor, la relevancia del transcurso del tiempo y la necesidad de subsanar el déficit de motivación.

<sup>52</sup> STC Recurso 3802-2004 de 6 de junio de 2005.

<sup>53</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2007). *El interés del menor*. Madrid. Dykinson.

<sup>54</sup> Por su interés en este ámbito, recomendamos la lectura del artículo DE PALMA TESO, A. (2011). El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011 (Ejemplar dedicado a: El menor ante el Derecho del siglo XXI), 185-215.

<sup>55</sup> En el Informe de la Defensora del Pueblo sobre «La escucha y el interés superior del menor», estudio finalizado y publicado en mayo de 2014 en su página 24 indica como recomendación que: «A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión (...) debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se debe exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. (...) no basta con afirmar, en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del menor, se debe detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se debe explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso particular. <https://www.defensordelpueblo.es/grupo-social/menores/>

<sup>56</sup> El 3 de noviembre de 2010 en las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño en las Naciones Unidas, respecto a España, se formulan las siguientes que quedan reflejadas en el Informe del Defensor del Pueblo: Se recomienda «que prosiga e intensifique su labor para aplicar plenamente el artículo 12 de la Convención y promueva el debido respeto por las opiniones del niño a cualquier edad en los procedimientos administrativos y judiciales, como las vistas que se celebren sobre su custodia y las causas sobre inmigración, así como la sociedad en general. También le recomienda que promueva la participación del niño, facilite el ejercicio efectivo de ese derecho y vele por que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones en todos los asuntos que le conciernen en la familia, la escuela y otros entornos, como la comunidad, la formulación de políticas nacionales, así como en la aplicación y evaluación de planes, programas y políticas...» (CRC/C/ESP/CO/3-4).

<sup>57</sup> El artículo 9.3 LOPJM establece: «Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración».

<sup>58</sup> SANTOS MORÓN, M. J. Menores y Derechos de la personalidad. La autonomía del menor. *AFDUAM núm. 15, 2011*, 68.

<sup>59</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016). La configuración del interés del menor *ex artículo 2 LOPJM. Opus cit.*, 497.

<sup>60</sup> Seminario celebrado los días 17 a 19 de febrero de 2010 (Código SE-10033) [http://www.ammediadores.es/nueva/wpcontent/uploads/2013/11/Conclusiones\\_curso\\_GGPJ.pdf](http://www.ammediadores.es/nueva/wpcontent/uploads/2013/11/Conclusiones_curso_GGPJ.pdf)

<sup>61</sup> <https://www.defensordelpueblo.es/grupo-social/menores/>, 14.

<sup>62</sup> MORENO ANTÓN, M. (2011). La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15 (Ejemplar dedicado a: El menor ante el derecho del siglo XXI). 97 y sigs.

<sup>63</sup> ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2006). La patria potestad... *Op. cit.*, 29.

<sup>64</sup> El Tribunal Supremo, en la sentencia de 19 de julio de 2013 establece como criterio de ponderación para determinar el interés del menor, en aras, en este caso a denegar la custodia compartida solicitada por el progenitor no custodio que: «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara». Este criterio viene a imponer una objetivación en la determinación del interés del menor que debiera generalizarse evitando automatismos impropios en este ámbito tan delicado.

<sup>65</sup> Resulta de gran interés el análisis que realiza GONZÁLEZ CAMPO, F. de A. (2017) Consideraciones sobre el tratamiento procesal civil y penal del menor en las reformas de 2015. En: Mayor del Hoyo, M.<sup>a</sup> V. *El nuevo régimen jurídico del menor*. 601 y sigs. Madrid, Thomson Reuters, Aranzadi.

<sup>66</sup> Ciertamente es que en el supuesto de cese de la convivencia de una pareja no matrimonial puede ser necesario iniciar varios procedimientos diferentes, pero también que la jurisprudencia menor, como nos recuerda ANDRÉS JOVER, J. M. (2003). Heterogeneidad de derechos, acumulación de acciones y procesos, en: ORTUÑO MUÑOZ (2003) *Las Uniones Estables*. CGPJ. 227 y la doctrina se decantaron desde el principio en interpretar de forma amplia el artículo 770 LEC en lo que afectaba a la descendencia común y a la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar.

<sup>67</sup> MORENO-TORRES, M.<sup>a</sup> L. (2015). La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho. *Revista Indret. Barcelona, octubre 4/2015*. 4.

<sup>68</sup> ROMERO COLOMA, A. M. (2012). La audiencia y exploración de los hijos menores de edad en los procesos matrimoniales. *La Ley 17250/2012*, 25 de enero de 2016, 7-11. Como pone de manifiesto la autora, en la actualidad la diligencia de práctica se realiza según cada juzgado de forma diferente. Hay juzgados que la practican en Sala; otros en su despacho; unos jueces realizan la diligencia estando solos, al paso que otros lo hacen en compañía del Ministerio Fiscal, y algún juzgado con el auxilio y asesoramiento de un psicólogo adscrito al servicio del Juzgado de Familia. También hay que tener en cuenta como la toga o la propia solemnidad de las salas puede afectar al menor, especialmente en un momento tan complejo en el que suele enfrentarse a personas que no conoce, que sabe que van a decidir sobre su futuro y a las que debe contar cuestiones que hasta el momento han pertenecido únicamente a su esfera familiar íntima.

<sup>69</sup> Mientras el juez se haya limitado, a pesar de su lógica capacidad de interpretación de los conceptos indeterminados, por el artículo 9.1 CE, que le obliga a supeditarse a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, los Equipos Psicosociales y la actividad que tiene lugar en los Puntos de Encuentro y en los Centros de Atención a la Familia no concibe límites, lo que genera, como hemos puesto de manifiesto en líneas precedentes, inseguridad jurídica, irresponsabilidad para con los informes emitidos e impunidad por carecer de límites en su actuación, por falta de regulación.

<sup>70</sup> En este sentido mostramos conformidad por los argumentos expuestos por el magistrado Manuel ARAGÓN REYES en el voto particular emitido en la sentencia 185/2012 de 17 de octubre.

<sup>71</sup> ZAERA NAVARRETE, J. I. (2013). La audiencia al menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentario a la STS núm 413/2014 de 20 de octubre (REC 1229/2013). *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto, 799.

<sup>72</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. (2009). Medios de prueba. En: HIJAS FERNÁNDEZ (Coord.). *Los procesos de familia: Una visión judicial*. Madrid. Colex, 496.

<sup>73</sup> Entre otras citamos las siguientes sentencias: STS de 14 de mayo de 1987; STS de 30 de abril de 1991; SSTC 221/2002 de 25 de noviembre; SSTC 71/2004 de 19 de abril; 152/2005 de 6 de junio y la STS 413/2014 de 20 de octubre.



<sup>74</sup> En el asunto FERNÁNDEZ CABANILLAS contra España. Demanda 22731/13 y fundándose en las sentencias TEDH (Elsholz c. Alemania [GC], núm. 25735/94, TEDH 2000-VIII; Sommerfeld c. Alemania [GC], núm. 31871/96, TEDH 2003-VIII (extractos); y en especial Volesky c. República Checa, 29 de junio de 2004) se consideró correcto el inicio de terapia para determinar si existía síndrome de alienación parental, cuando las menores había expresado desde el inicio su rechazo a mantener contactos con su padre. La sentencia no manifiesta las razones aducidas por las menores para no querer establecer contactos con su padre, y por el contrario se considera correcto iniciar terapia para un diagnóstico. Nos preguntamos entonces ¿Los derechos de las menores? ¿Terapia para un diagnóstico? ¿La actuación judicial produjo lesión en el derecho de las menores? A resultas de como finalizó el procedimiento, más allá de la cuestionable corrección judicial en este caso, el único principio que no vemos enunciado en los antecedentes ni tampoco en la sentencia es el interés del menor.

<sup>75</sup> Así lo manifiesta Juan Pablo GONZÁLEZ DEL POZO (2010). Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de familia de Madrid en *¿Resultaría jurídicamente correcto decretar la suspensión del régimen de visitas cuando los menores con alto grado de discernimiento rechazan la figura del progenitor no custodio?* Artículo publicado en el Derecho.com Lefebre. [http://www.elderecho.com/civil/Resultaria-juridicamente-discernimiento-rechazasen-progenitor\\_12\\_187185008.html](http://www.elderecho.com/civil/Resultaria-juridicamente-discernimiento-rechazasen-progenitor_12_187185008.html).

<sup>76</sup> Audiencia Provincial de Madrid. Sección 22 Resolución 820/2014.

*(Trabajo recibido el 17-10-2017 y aceptado  
para su publicación el 8-11-2017)*

# ESTUDIOS LEGISLATIVOS



# Ventajas e inconvenientes de la *professio iuris* en el Reglamento Europeo Sucesorio 650/2012

## *Advantages and disadvantages of professio iuris in the European Sucession Regulation 650/2012*

por

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ  
*Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

**RESUMEN:** El artículo 22 del Reglamento Europeo Sucesorio 650/2012 establece la posibilidad de que el causante elija la ley aplicable a su sucesión, como manifestación del ejercicio de su autonomía de la voluntad. Es lo que se denomina la *professio iuris* o la posibilidad del causante de elegir anticipadamente la ley aplicable a su sucesión internacional. La elección de ley prevalece sobre el resto de las leyes aplicables a la sucesión, de acuerdo con el Reglamento sucesorio (arts. 20 y 21). Se trata indiscutiblemente de una de las novedades más importantes en la regulación de las nuevas normas de conflicto en materia sucesoria, en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, no existe un poder absoluto de elegir cualquier ordenamiento jurídico como rector de la sucesión internacional de un sujeto, sino que solo se permite al causante elegir la ley del Estado cuya nacionalidad posee en el momento de realizar la elección o en el momento de su fallecimiento. Ahora bien, la *professio iuris* puede considerarse un «arma de doble filo», dependiendo del punto de vista

desde el que se plantee su utilización, bien desde el punto de vista del causante o bien desde el punto de vista de los beneficiarios de la herencia. Por ello se hace necesario el estudio de las ventajas e inconvenientes de la *professio iuris*.

*ABSTRACT: Article 22 of European Sucession Regulation states that a person may choose his national law as the law applicable to govern his succession. This possibility, expression of the principle of autonomy, is refered to as professio iuris. The chosen law prevails over all other laws applicable to the succession, in accordance with European Sucession Regulation. For the majority of the European Union Member States participant to European Sucession Regulation, this is indisputably one of the most significant novelties brought in by new conflict of laws rules in matter of succession. However, the choice offered by the European Sucession Regulation is limited: a person can only choose the law of the State whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death. Professio iuris can be considered a double-edged sword, depending upon how its use is viewed, wether from the point of view of the person whose succession is concerned or from that of the beneficiaries to the inheritance. Therefore it is necessary to study the advantages and disadvantages of professio iuris.*

**PALABRAS CLAVE:** Sucesión europea. *Professio iuris* limitada. Ley nacional del causante. Ventajas y desventajas.

**KEY WORDS:** European succession. *Professio iuris* restricted. National law of the person. Advantages and disadvantages.

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: 1. PRINCIPIOS QUE VERTEBRAN LA SOLUCIÓN EUROPEA EN MATERIA DE SUCESIONES: A) *Los principios de unidad y universalidad en Derecho internacional privado español.* B) *Situación anterior al Reglamento 650/2012 en materia sucesoria.* 2. LA RELACIÓN DE LAS NORMAS EUROPEAS SUCESORIAS CON LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOLAS EN MATERIA SUCESORIA. — II. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA *PROFESSIO IURIS*: 1. LA OPCIÓN LEGISLATIVA A FAVOR DE LA *PROFESSIO IURIS*. 2. LÍMITES A LA *PROFESSIO IURIS*. 3. LA *PROFESSIO IURIS* COMO «ARMA DE DOBLE FILO». — III. CONCLUSIONES.

## I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El Reglamento de la Unión Europea 650/2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos

auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo (en adelante Reglamento sucesorio), aprobado el 4 de julio de 2012, se aplica a partir del 17 de agosto de 2015 en todos los Estados miembros de la Unión Europea, con exclusión de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido<sup>1</sup>.

Ha venido a unificar en materia de sucesiones las soluciones tan dispares de Derecho internacional privado que existían entre los distintos Estados miembro de la Unión Europea en todos los aspectos de Derecho internacional privado: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos públicos. Es un Reglamento largo y farragoso —84 artículos—, complicado de aplicar en muchos de sus aspectos, y, por ese motivo, el legislador europeo ha utilizado el mecanismo de los «Considerandos» —hasta un total de 83— para intentar dar claridad a algunos de los problemas interpretativos que puede plantear su aplicación por los distintos tribunales de los Estados miembro.

#### 1. PRINCIPIOS QUE VERTEBRAN LA SOLUCIÓN EUROPEA EN MATERIA DE SUCESIONES

Los principios de *unidad* y *universalidad* son los que vertebran la regulación recogida por el Reglamento 650/2012 en materia sucesoria. En este sentido, el legislador europeo tenía, básicamente, dos opciones por las que decantarse: la unidad de ley o el fraccionamiento legislativo. Frente a los sistemas de Derecho internacional privado que en materia sucesoria se basan en la aplicación de una sola ley a todos los aspectos sucesorios de un sujeto con independencia de la naturaleza de los bienes y del lugar de situación de los mismos —como ocurre en España—, existen otros sistemas de Derecho internacional privado basados en los principios de *territorialidad* y *fraccionamiento* de la sucesión internacional. En virtud de esta concepción *escisionista*, se distingue entre los bienes muebles e inmuebles a la hora de fijar la ley aplicable al fondo de la sucesión. La sucesión de los bienes inmuebles queda sometida a la ley del lugar de situación de los mismos. Esta regla es mérito del Derecho francés y del Derecho inglés, que ha sido después copiada por los países del *Common law*. La sucesión de los bienes muebles, sin embargo, considerados como unidos a la persona del difunto, quedan sometidos a una ley única. Esta ley, en la mayoría de los casos, es la ley del último domicilio del causante —como en Francia—; y, más raramente, se somete a la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento —como ocurre en Luxemburgo o en Turquía—.

El Reglamento 650/2012 opta por un sistema unitario que permita la aplicación de una sola ley a toda la sucesión internacional, evitando los inconvenientes de los sistemas escisionistas. La regla general es la aplicación de la Ley del Estado de última residencia habitual del causante (art. 21 Reglamento sucesorio), pero se permite que el causante pueda designar la Ley del Estado

cuya nacionalidad posee, en el momento de la elección o en el momento de su fallecimiento, para que rija la totalidad de la sucesión, lo que se denomina la *professio iuris*.

A) *Los principios de unidad y universalidad en Derecho internacional privado español*

España, ha sido uno de los pocos países de la Unión Europea, cuya regulación del Derecho sucesorio internacional fue construida sobre los cimientos de los principios de *unidad y universalidad*, tanto en lo que se refiere al tribunal competente como en lo que se refiere a la ley aplicable a la sucesión.

En cuanto a la competencia judicial internacional, la *unidad judicial* de la sucesión responde a la idea de que sea un único tribunal el que conozca de toda la sucesión internacional. De este modo, dicho tribunal será competente para conocer de la totalidad de la sucesión del causante con independencia del lugar de situación de los bienes y de su naturaleza. Este es el principio en el que estaban basados los foros en materia sucesoria recogidos en nuestro sistema de Derecho internacional privado de producción interna, *ex* artículo 22.3 LOPJ, tanto si nuestros tribunales se declaraban competentes por el último domicilio del causante en territorio español como si se declaraban competentes por la situación de los bienes inmuebles en España. Por tanto, ni siquiera el foro derivado del lugar de situación de los bienes inmuebles en territorio español provocaba el *fraccionamiento judicial* de la sucesión. Sin embargo, el artículo 22.3 LOPJ ha sido modificado por el artículo 22. quáter g) de la Ley Orgánica 7/2015, en virtud del cual, los tribunales españoles serán competentes «*En materia de sucesiones, cuando el causante hubiera tenido su última residencia habitual en España o cuando los bienes se encuentren en España y el causante fuera español en el momento del fallecimiento. También serán competentes cuando las partes se hubieran sometido a los Tribunales españoles, siempre que fuera aplicable la ley española a la sucesión. Cuando ninguna jurisdicción extranjera sea competente, los Tribunales españoles lo serán respecto de los bienes de la sucesión que se encuentren en España*». El último foro contemplado en este precepto, un foro de necesidad, sí que puede producir fraccionamiento judicial dado que los jueces españoles solo serían competentes para conocer de los bienes que se encuentren en España. Sin embargo, se trata de un foro excepcional por lo que con carácter general el nuevo precepto no ha venido a derogar el principio de unidad judicial en materia sucesoria. Los foros recogidos en el Reglamento 650/2012 también están basados, con carácter general, en la unidad judicial de la sucesión.

En cuanto a la competencia legislativa, la *unidad y universalidad* de la ley aplicable a la sucesión, responde a la concepción *personalista* de la sucesión, de

la aplicación de una sola ley a la entera sucesión internacional, con independencia de la naturaleza mueble o inmueble de los bienes hereditarios y del lugar de situación de los mismos, conforme a la norma de conflicto española reguladora de la sucesión internacional, *ex* artículo 9.8 del Código Civil —ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento—. El Reglamento 650/2012 opta por un sistema unitario que permite la aplicación de una sola Ley a toda la sucesión internacional.

*B) Situación anterior al Reglamento 650/2012 en materia sucesoria*

La situación anterior al Reglamento 650/2012, en materia sucesoria, era muy negativa. Cada Estado miembro de la Unión Europea aplicaba sus propias normas de competencia judicial internacional y sus propias normas conflictuales, muy distintas entre los distintos Estados. Cada Estado miembro tenía su propio sistema de Derecho internacional privado en materia sucesoria. Si además, se tiene en cuenta que las soluciones materiales en el ámbito sucesorio tampoco estaban unificadas, era decisivo determinar qué tribunales serían los competentes, pues sobre el principio de «exclusividad» solo podían aplicar su propia norma de conflicto que, dependiendo de las distintas soluciones conflictuales, podía remitir a una *lex successionis* o a otra, con soluciones muy dispares entre sí, hasta el punto de que el causante tuviera que cumplir con un sistema de legítimas muy estricto o pudiera tener libertad absoluta de testar. Ambas soluciones materiales eran aplicables de antemano a una misma sucesión internacional dependiendo de los tribunales competentes y de la ley aplicable por los mismos.

Esta situación provocaba mucha inseguridad jurídica derivada de la «relatividad» de soluciones, dado que la solución podía variar dependiendo de qué tribunal conociera del asunto. Pero, sobre todo, lo que se fomentaba era el «*forum shopping*», es decir, las partes planteaban el litigio ante los tribunales de un concreto Estado buscando la aplicación de una *lex successionis* determinada, que les resultara más favorable. Dependiendo de la ley aplicable, el causante podía tener limitada la capacidad de disponer de sus bienes por un sistema estricto de legítimas o podía tener libertad absoluta de testar, sin que tuviera restringida su capacidad de disponer. Además, el *forum shopping*, a su vez provocaba que se dictaran resoluciones «claudicantes», es decir, decisiones que solo desplegaban efectos en el país cuyos tribunales las habían dictado.

Estas consecuencias tan negativas desaparecen con la unificación de las normas de competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos públicos, que se adopta por el Reglamento 650/2012. Las normas que contiene presentan una alta calidad técnica, muy superior a las de producción interna, y van a ayudar a modernizar el sistema de Derecho internacional privado europeo en materia sucesoria.



Teniendo en cuenta, además, las divergencias tan profundas entre los distintos sistemas nacionales de la Unión Europea a la hora de fijar los tribunales competentes, la ley aplicable o el reconocimiento de resoluciones, la materia sucesoria internacional siempre ha sido campo de cultivo para determinadas cuestiones generales de Derecho internacional privado, como la cuestión previa, la calificación de instituciones desconocidas, el recurso al orden público internacional, el fraude de ley, la remisión a ordenamientos jurídicos plurilegislativos o la cuestión del reenvío que también son resueltas en el Reglamento 650/2012. Finalmente, también simplifica el procedimiento de liquidación y atribución de los bienes hereditarios bien a través de la institución de un certificado sucesorio europeo o bien a través del favorecimiento de formas de cooperación y asistencia judicial entre los Estados miembros.

## 2. LA RELACIÓN DE LAS NORMAS EUROPEAS SUCESORIAS CON LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOLAS EN MATERIA SUCESORIA

Dada la «aplicación universal» del Reglamento 650/2012 y la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho interno de los Estados miembros, es necesario preguntarse en qué casos serán aplicables las normas de Derecho internacional privado de producción interna españolas en materia sucesoria (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2014, 10-12).

En relación con la competencia judicial internacional, los jueces y tribunales españoles se declaraban competentes en los litigios derivados de una sucesión *mortis causa*, antes de la entrada en vigor y posterior aplicación del Reglamento 650/2012, en virtud de los foros recogidos en el artículo 22 LOPJ 6/1985, de 1 de julio, que han sido modificados por los nuevos foros recogidos en el artículo 22 bis, 22 ter., 22 quáter g), *introducidos por el artículo único de la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en vigor desde el 1 de octubre de 2015*. Dichos foros quedan completamente inaplicables por el Reglamento 650/2012, por lo que los jueces y tribunales españoles solo podrán conocer de sucesiones internacionales por los foros recogidos en los artículos 4 a 11 (BONOMI, 2013, 297). Solo podrán utilizarse los foros de competencia judicial internacional de producción interna recogidos en la LOPJ en relación con las sucesiones de las personas que hayan fallecido antes del 17 de agosto de 2015 (disposición transitoria Reglamento 650/2012).

En relación con la ley aplicable a la sucesión internacional, para las personas que hayan fallecido antes del 17 de agosto de 2015, los jueces y tribunales españoles la fijarán por lo dispuesto en el artículo 9.8 del Código Civil español. Ahora bien, la ley aplicable a las sucesiones de las personas que hayan fallecido a partir del 17 de agosto de 2015, se determinará por el Capítulo III del Re-

glamento sobre sucesiones. A partir de esa fecha, el artículo 9.8 será aplicable solo a los casos de sucesión *mortis causa* propios del «Derecho interregional». Así, el artículo 38 establece que: «Los Estados miembro que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales». Son, por tanto, los distintos Estados miembro los que tienen que decidir si aplicar a sus conflictos interregionales el Reglamento 650/2012 o su Derecho interregional. Parece claro que, en el caso español, un juez aplicará los artículos 12.5 y 16 del Código Civil para determinar la ley aplicable a la sucesión *mortis causa* de un catalán, de un aragonés o de un gallego (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2014, 12). Ello no quiere decir que el artículo 9.8 del Código Civil se derogue, pero deja de ser aplicable a los litigios derivados de una sucesión internacional (BALLARINO, 2013, 1136). Hay que tener en cuenta, sin embargo, que aunque no se derogue, el papel reservado a las normas de Derecho internacional privado de producción interna españolas en los casos de sucesiones internacionales se reduce drásticamente (BONOMI, 2013, 294).

Respecto del reconocimiento y ejecución en España de resoluciones y documentos públicos dictadas en materia sucesoria, el Reglamento solo se aplica a los dictados o autorizados en otros Estados miembros participantes en el Reglamento 650/2012 y no en relación a resoluciones dictadas en el sector sucesorio por autoridades de terceros Estados no miembros. Es decir, la validez en España de documentos y resoluciones expedidos en otros Estados miembro participantes en el Reglamento 650/2012 que versan sobre cuestiones sucesorias se rige por lo dispuesto en dicho Reglamento y no por lo establecido en las normas españolas de producción interna (arts. 41 a 61 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, en vigor desde el 20 de agosto de 2015, que han derogado los artículos 951 a 958 LEC 1881, a través de la disposición derogatoria única. Derogación de normas, de la Ley 29/2015 que señala en el punto 1: «Quedan derogados los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881») ni por lo establecido en los convenios internacionales firmados por España (BONOMI, 2013, 294).

Siguen en vigor algunos Convenios internacionales aplicables en España en relación con determinados aspectos concretos de la sucesión testamentaria, que no son regulados por el Reglamento 650/2012: a) Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias; b) Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972 sobre inscripción de testamentos; c) Convenios internacionales firmados por España sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras relativas a la sucesión *mortis causa*. La mayor parte de estos Convenios no regulan específicamente el fenómeno sucesorio sino que ordenan el reconocimiento y *exequatur* de re-

soluciones judiciales y documentos públicos en materia civil y mercantil entre España y otro Estado concreto. Aparte de estos Convenios bilaterales generales, existe un Convenio bilateral antiguo específico, específico en materia de sucesiones, firmado entre España y Grecia que se aplica a las sucesiones de los españoles y de los griegos fallecidos en Grecia y España, respectivamente, de 6 de mayo de 1919 (Gaceta de Madrid de 3 de diciembre de 1920) (CARRAS-COSA GONZÁLEZ, 2014, 11-12).

## II. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA *PROFESSIO IURIS*

El artículo 22 del Reglamento sucesorio establece la posibilidad de que el causante elija la ley aplicable a su sucesión, como manifestación del ejercicio de su autonomía de la voluntad. Es lo que se denomina la *professio iuris* o la posibilidad del causante de elegir anticipadamente la ley aplicable a su sucesión internacional<sup>2</sup>. La elección de ley prevalece sobre el resto de las leyes aplicables a la sucesión, de acuerdo con el Reglamento sucesorio (arts. 20 y 21 del Reglamento sucesorio). De esta forma, la sucesión *mortis causa* queda regulada por la Ley nacional del causante. El artículo 22.1 del Reglamento sucesorio dispone: «Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento». Por tanto, se admite la elección unilateral de ley por el causante pero siempre que sea la de su nacionalidad y con las exigencias recogidas en el artículo 22 del Reglamento sucesorio. En tal caso, no podrá aplicarse a la sucesión ni la ley de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento ni ninguna otra ley estatal más vinculada con la sucesión (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2017, 292-293). De este modo, en realidad, el primer punto de conexión es la nacionalidad del causante siempre que la elección se haya realizado conforme a los criterios recogidos en el artículo 22 del Reglamento sucesorio (DAVÌ, 2004, 473-498).

Se trata indiscutiblemente de una de las novedades más importantes en la regulación de las nuevas normas de conflicto en materia sucesoria, en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea (GREESKE, 2014, 100-102).

### 1. LA OPCIÓN LEGISLATIVA A FAVOR DE LA *PROFESSIO IURIS*

Detrás de la admisión de la *professio iuris* se esconde el dilema del reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el ámbito sucesorio y en el relativo al estatuto personal; ámbitos, en los que la elección de ley ha estado prohibida o muy estrictamente limitada en la esfera familiar (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2017, 294-295). Esta posibilidad de elegir la ley aplicable a la

sucesión internacional ya se había consagrado en el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones *mortis causa*, cuyos artículos 5 y 6 dan la posibilidad al causante de elegir la ley del Estado de su nacionalidad o de su residencia habitual, al tiempo de la designación o de su fallecimiento, para regir su sucesión, y que han servido de inspiración a la regulación recogida en el artículo 22 del Reglamento sucesorio. Ahora bien, este Convenio no se encuentra todavía en vigor para ningún Estado.

A través de la *professio iuris*, se le da la posibilidad al causante de elegir la *lex successionis*, a modo de paralelismo con lo que ocurre en el régimen de contratos, intentando mediar en la polémica entre la ley nacional y la ley de la residencia habitual del causante, con el fin de salvar el principio de la unidad de la sucesión<sup>3</sup>. Esta aceptación de la autonomía de la voluntad en la determinación de la *lex successionis* por el Convenio de La Haya tiene su origen en la Ley de Derecho internacional privado suiza de 1987 *ex* artículo 90.2, solución que ha sido copiada, aunque con distinto propósito y alcance, por otras codificaciones estatales de Derecho internacional privado, como *ad ex.*, la ley alemana de Derecho internacional privado de 1986 *ex* artículo 25.2 EGBGB, la ley rumana de Derecho internacional privado de 1992 *ex* artículo 68, la ley italiana de Derecho internacional privado de 1995 *ex* artículo 46.2, el Código Civil de Quebec de 1991 *ex* artículo 3098.2, o el Código belga de Derecho internacional privado de 2004 *ex* artículo 79; y por dos Resoluciones del Instituto de Derecho Internacional (Sesión de Niza de 1967 y sesión de El Cairo de 1987).

Se trata, en definitiva, de una solución muy liberal en la que se le da la posibilidad al causante de elegir el entero «cuadro legal de su sucesión *mortis causa*» (BONOMI, 2010, 605-610).

Sin embargo, esta posibilidad de elección está limitada para garantizar que exista una conexión entre el causante y la ley elegida (Considerando 38 del Reglamento sucesorio), excluyéndose la de cualquier otra ley que, teóricamente, podría ser adoptada para regir la sucesión de una persona, distinta a la de su nacionalidad en el momento de la elección o en el momento de su fallecimiento. Ahora bien, aplicar a una sucesión internacional la ley nacional del causante sobre la ley de la residencia habitual del mismo no es solo el reflejo del «principio de vinculación», del que parte el Reglamento sucesorio (art. 21 Reglamento sucesorio), sino del «principio de la reducción de los costes conflictuales» (DE CESARI, 2001, 24-29). Dicho de otro modo, es el causante el que debe decidir si la aplicación de su Ley nacional, como rectora de su sucesión, presenta unos costes más reducidos que la de la ley de su última residencia habitual (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2017, 293-295).

Con la admisión de la *professio iuris* el legislador europeo se alinea con otros textos anteriores que parten de la autonomía conflictual, como es el Reglamento Roma I —Reglamento (CE) núm. 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales— (art. 3); el Reglamento Roma II —Reglamento

(CE) núm. 864/2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales— (art. 14); el Reglamento Roma III —Reglamento (CE) núm. 1259, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (arts. 5-7)—; el Reglamento de alimentos —Reglamento (CE) núm. 4/2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligación de alimentos (por la remisión del artículo 15 al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, *ex* artículos 7 y 8 del Protocolo)— o los Reglamentos en materia de regímenes económicos matrimoniales —Reglamento (UE) núm. 2016/1103, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de regímenes económicos matrimoniales (art. 22)— y en materia de efectos patrimoniales de las uniones de hecho registradas —Reglamento (UE) núm. 2016/1104, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (art. 22)—.

La elección válida de la ley aplicable a la sucesión internacional evita la litigación sobre cuál es la *lex successionis* y, sobre todo, elimina los graves problemas de determinación de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, la regla general aplicable en defecto de *professio iuris* (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2017, 295-296).

Pero, sobre todo, la elección válida de ley impulsa la libre circulación de las personas en la Unión Europea y refuerza la construcción del Espacio Judicial Europeo. De este modo, la ley aplicable a la sucesión *mortis causa* no va a cambiar aunque el causante cambie de residencia habitual, incluso fuera de la Unión Europea. Y ello se produce gracias a que los Estados miembro de la Unión Europea han dejado de lado sus reticencias sobre el eterno dilema respecto a la determinación de la *lex successionis* (BONOMI, 2015, 258; CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2017, 297-298).

## 2. LÍMITES A LA *PROFESSIO IURIS*

En los ordenamientos jurídicos en los que se admite la *professio iuris* no existe un poder absoluto de elegir cualquier legislación como rectora de la sucesión internacional de un sujeto, sino que se somete a ciertos límites, de forma similar a como se contempla en el artículo 22 del Reglamento sucesorio.

La elección de ley se puede hacer «expresamente» en una declaración en forma de disposición *mortis causa*, o «tácitamente» si resulta de los términos de una disposición del mismo tipo (art. 22.2.) (ABADIE, 2013, 15; GREESKE, 2014, 42-144; WILKE, 2012, 606).

Solo se admite la elección de una sola ley aplicable a la totalidad de la sucesión. El ejercicio de la *professio iuris* permite elegir al causante una ley única, independientemente de la naturaleza mueble o inmueble y del lugar de situación de los bienes hereditarios (Considerando 37 *in fine* en relación con el Considerando 42). Se opta, así, por un sistema unitario que permita la elección de una sola ley a toda la sucesión internacional, evitando los inconvenientes de los sistemas escisionistas<sup>4</sup>. No cabe, por tanto, la elección de leyes distintas aplicables cumulativamente a una misma sucesión, *dépeçage*, por motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación de la sucesión (Considerando 37 del Reglamento sucesorio). La ley elegida debe regular la entera sucesión (CALVO VIDAL, 2012, 99; CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2014, 125; DAVÌ / ZANOBETTI, 2013, 38; GREESKE, 2014, 127-129; LAGARDE, 2012, 721; WILKE, 2012, 607). Existe una excepción recogida en el propio Reglamento, en cuanto a la elección parcial de ley, tanto para regular la admisibilidad y validez material de los testamentos (art. 24.1 del Reglamento sucesorio) como para regular la admisibilidad, validez material y efectos vinculantes entre las partes de los pactos sucesorios (art. 25.3 del Reglamento sucesorio).

La elección de ley es a favor del Derecho material sustantivo elegido por el causante, no del Derecho conflictual. Como señala el artículo 34 del Reglamento sucesorio, al regular la posibilidad del reenvío, este no cabe cuando hay elección de ley (DAVÌ, 2012, 376-381; DAVÌ / ZANOBETTI, 2013, 89-90; Id., 2014, 142-144). En los casos en los que se permite la autonomía de la voluntad conflictual no cabe la figura del reenvío, dado que ello podría suponer ignorar la voluntad real del causante, a través de la aplicación de normas de conflicto de otros ordenamientos jurídicos. Por tanto, cuando hay elección de ley, el causante solo se refiere al Derecho material y no a las normas de conflicto del ordenamiento jurídico elegido<sup>5</sup>. La Ley material elegida puede ser la de un Estado miembro o la de un tercer Estado por el carácter universal de la ley aplicable a la sucesión (art. 20 del Reglamento sucesorio); y debe referirse siempre a la ley de un ordenamiento jurídico estatal (GORÉ, 2012, 764). Si el ordenamiento jurídico elegido es plurilegislativo, de base territorial o de base personal, se aplicarán las soluciones adoptadas en los artículos 37 y 38 del Reglamento sucesorio.

Hay que tener en cuenta además que el Reglamento sucesorio soluciona el «conflicto móvil» al fijar, el artículo 22.1 del Reglamento sucesorio, en un momento de tiempo concreto la conexión nacionalidad: «*en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento*» (GORÉ, 2012, 763; GREESKE, 2014, 131-133).

Además la elección está limitada a la ley nacional del causante. Solo se permite al causante elegir la ley del Estado cuya nacionalidad posee en el momento de realizar la elección o en el momento de su fallecimiento (art. 22 del Reglamento sucesorio) (ABADIE, 2013, 14)<sup>6</sup>. En el caso, de que el causante

poseyera varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de la elección o del fallecimiento (art. 22.1). Esta limitación de la *professio iuris* significa que el primer punto de conexión no es, en realidad, la autonomía de la voluntad del causante, sino la nacionalidad del causante bien el momento de su fallecimiento, bien el momento de la elección de ley. Simplemente se le da a elegir al causante entre dos leyes que se basan en el punto de conexión de la nacionalidad del causante. Esta elección de ley prevalece sobre el resto de leyes aplicables a la sucesión, de acuerdo con el Reglamento sucesorio (arts. 20 y 21). Varias consideraciones hay que hacer al respecto:

a) No es posible la elección de una ley distinta a la de la nacionalidad del causante, bien en el momento de la elección o en el momento de su fallecimiento (KHAIRALLAH, 2013, 54-55). Según el Considerando 38 del Reglamento sucesorio se excluye la elección de cualquier otra ley que, teóricamente, podría ser elegida para regir la sucesión de una persona, para garantizar que exista una conexión entre el causante y la ley elegida y, sobre todo, para evitar que se elija una ley con la única intención de frustrar las expectativas legítimas de los herederos forzosos. Ahora bien, este argumento justifica la exclusión de la *professio iuris* a favor de la ley de la residencia habitual del causante en el momento de la elección, con el fin de evitar la aplicación de una ley fraudulenta, pero no la exclusión de la *professio iuris* a favor de otras leyes que pudieran estar estrechamente conectadas con la sucesión del causante, como puede ser la ley de su residencia habitual en el momento de su fallecimiento, la ley del lugar de situación de los bienes del causante o la ley aplicable al régimen económico del matrimonio (DAMASCELLI, 2013, 55-56; LAGARDE, 2013, 12-13). Veamos las ventajas que tendría la elección de estas leyes a través de la *professio iuris*.

*Ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento.* Así, podría haberse dispuesto, dentro de esta facultad limitada de elección de ley, que pudiera optarse por la ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (BONOMI, 2013, 311-313; LAGARDE, 2012, 720). Es cierto, que esta ley regirá de forma objetiva la sucesión *mortis causa* en defecto de elección, según el artículo 21.1 del Reglamento sucesorio, pero también lo es que por aplicación de la figura del «reenvío», recogida en el artículo 34.1 puede resultar llamada una ley distinta a la de la residencia habitual en el momento de su fallecimiento. De haberse admitido la elección de la ley de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento habría podido tener el efecto, por un lado, de excluir el reenvío, según establece el artículo 34.2 del Reglamento sucesorio, y tendría también el efecto, por otro lado, de excluir la aplicabilidad de la cláusula de excepción, recogida en el artículo 21.2 del Reglamento sucesorio. Por ello, aunque parte de la Doctrina considere que la elección de la ley de la residencia habitual sería inútil, en realidad no lo es porque con la aplicación del reenvío de las normas de Derecho

internacional privado de terceros Estados, la sucesión puede quedar sometida a una ley distinta<sup>7</sup>.

*Ley de la residencia habitual en el momento de la designación.* Tampoco es posible elegir la ley de la residencia habitual del causante en el momento de realizar la elección. El motivo no es otro que garantizar que exista una conexión entre el causante y la ley elegida y evitar, así, que se opte por una ley con la intención de frustrar las expectativas legítimas de los herederos forzosos, como recoge expresamente el Considerando 38 del Reglamento sucesorio. Hay que tener en cuenta, además, que si la ley de la residencia habitual del causante en un momento anterior a la muerte del causante es la más conectada con la sucesión internacional, se va a aplicar, pero no como manifestación del poder del causante de elegir dicha ley como *lex successionis*, sino a través de la cláusula de excepción recogida en el artículo 21.2 del Reglamento sucesorio, cuando resulte claramente que presenta un vínculo manifiestamente más estrecho que con el Estado de su última residencia (DAVÌ / ZANOBETTI, 2013, 42-43; DAVÌ / ZANOBETTI, 2014, 64-65).

*Ley de situación de los bienes hereditarios.* Por otro lado, la exclusión de la *professio iuris* a favor de la ley de situación de los bienes hereditarios, sobre todo, en relación a los bienes inmuebles, responde a la necesidad de evitar el fraccionamiento legislativo (BONOMI, 2013, 313-314; LAGARDE, 2012, 721).

*Ley aplicable al régimen económico del matrimonio.* Una de las ventajas prácticas de la *professio iuris* es que permite hacer coincidir la ley aplicable a la sucesión del causante con la ley aplicable al régimen económico del matrimonio (BONOMI, 2013, 314-316). Sin embargo, el Reglamento europeo sucesorio no permite esta posibilidad. Ello podría justificarse en que no existía unificación de las normas de conflicto sobre la determinación de la ley aplicable al régimen económico del matrimonio en el ámbito europeo. Cada Estado tenía sus propias normas de conflicto de producción interna. Sin embargo, la situación actual ha cambiado, pues el 8 de julio de 2016 se han publicado dos Reglamentos (UE), ambos de 24 de junio de 2016, núm. 2016/1103, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de regímenes económicos matrimoniales; y el núm. 2016/1104, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, y que serán de aplicación a las acciones planteadas y a las resoluciones dictadas a partir del 29 de enero de 2019 y, por tanto, a los acuerdos de elección de ley realizados a partir de esa fecha (art. 69.1). Estos Reglamentos europeos tampoco contemplan la posibilidad de que la ley aplicable al régimen económico del matrimonio sea la misma que la aplicable a la sucesión internacional —a diferencia de lo que ocurre en la competencia judicial internacional—. Ahora bien, el artículo 22 de ambos



Reglamentos permite la elección de la ley efectuada por la pareja limitada a la ley de la residencia habitual común o de uno de ellos, en el momento de la elección; a la ley de la nacionalidad de cualquiera de las partes en el momento de la elección; o a la ley conforme a la que ha sido creada, si se trata de una unión registrada. De este modo, las partes si quieren pueden elegir una ley única que regule el régimen económico y la sucesión de los esposos o de los miembros de la unión registrada, a través de la *professio iuris*, teniendo en cuenta que los Reglamentos sobre régimen económico del matrimonio exigen que la elección de ley se haga por escrito, es decir, no se permite la elección tácita de ley, y, sin embargo el Reglamento sucesorio permite tanto la elección expresa como tácita de la ley aplicable. El problema está en que la unificación de las normas de conflicto a nivel europeo no ha evitado los inconvenientes de la falta de adaptación entre la ley aplicable a la sucesión internacional y la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, puesto que al serles aplicables normas de conflicto distintas, aun siendo normas de conflicto de la Unión Europea, puede ocurrir que ambas materias, que están directamente relacionadas entre sí, se regulen por leyes distintas. No puede olvidarse que la disolución del régimen económico del matrimonio tiene su origen en la muerte de uno de los miembros de la pareja o en la disolución del vínculo matrimonial (RODRÍGUEZ RODRIGO, 2017, 262-270).

b) Si el causante elige su ley nacional en el momento en el que realiza el acto, esta elección no varía porque posteriormente cambie de nacionalidad y pierda la nacionalidad conforme a la cual lo realizó, o adquiera una nacionalidad nueva compatible con la que tenía al realizar el acto. Dicho de otro modo, el artículo 22 del Reglamento sucesorio no se inclina por la aplicación únicamente de la ley nacional «más efectiva» del causante, es decir, aquella con la que el causante tiene los vínculos más estrechos. Se acepta la aplicación de la ley nacional del causante que tenga en el momento de la elección una conexión razonablemente adecuada (DAVÌ, 2004, 481). Varias consideraciones son necesarias. En primer lugar, en términos prácticos, la necesidad de determinar la nacionalidad «más efectiva» del causante podría poner en riesgo, en muchas ocasiones, la certeza de la ley aplicable, que es justamente uno de los principales objetivos que la *professio iuris* pretende alcanzar. Hay que pensar que, muchas veces, la elección de ley se produce años antes de la muerte del *de cuius*. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que uno de los elementos fundamentales para determinar la nacionalidad «más efectiva» es normalmente la residencia habitual del causante. En tanto que el criterio objetivo de la ley aplicable a la sucesión es la ley de la última residencia habitual del causante, admitir solo la aplicación de la ley de la nacionalidad coincidente con la residencia habitual del causante en el momento de la elección, habría reducido enormemente la utilidad de la *professio iuris*, limitándola casi exclusivamente a los casos en los que el causante tiene la intención de trasladar su residencia

a un país extranjero, fuera de la Unión Europea (DAVÌ / ZANOBETTI, 2013, 39-40; DAVÌ / ZANOBETTI, 2014, 59-60). Por último, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no permite introducir ningún orden de preferencia o discriminación entre las distintas nacionalidades de los Estados miembros de la Unión Europea (ECJ, case C-369/90, *Micheletti* [1992] I-4239; ECJ, case C-148/02, *Garcia Avello* [2003] I-11613; ECJ, case C-168/08, *Hadadi* [2009] I-4239. DAVÍ / ZANOBETTI, 2013, 40). Esta solución tan liberal, adoptada por el Reglamento sucesorio, puede conllevar la aplicación de la ley de un Estado con el que el causante tenga vínculos escasos (DAVÍ / ZANOBETTI, 2013, 40; DAVÌ / ZANOBETTI, 2014, 60-61).

c) Si el causante elige su ley nacional en el momento de su fallecimiento, se trata de elegir de forma «anticipada» la ley rectora de su sucesión. Así, por un lado, puede ocurrir que la elección de ley se haga teniendo en cuenta una nacionalidad que el causante presume que seguirá teniendo cuando muera, pero que puede ocurrir que no tenga en el momento de su fallecimiento. Y, por otro lado, el causante puede incluso elegir una nacionalidad que todavía no posee, pero tiene el total convencimiento de que la tendrá en el momento de su fallecimiento. Es lo que se denomina la ley de la «nacionalidad anticipada» del causante (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2014, 143). En ambos casos, si en el momento del fallecimiento, el causante no tiene la nacionalidad de la ley elegida con anterioridad, como *lex successionis*, teniendo en cuenta la fecha de su muerte, la elección no será válida. Para evitar este problema se ha propuesto que, en lugar de que el causante designe la concreta ley aplicable atendiendo a la nacionalidad que tendrá en el momento de su fallecimiento, se haga simplemente una referencia genérica a la ley nacional que el causante tendrá en el momento del fallecimiento, sin indicar expresamente si, por ejemplo, será la ley francesa o la ley italiana. Ahora bien, para que esta posibilidad resulte eficaz el causante debe tener el suficiente conocimiento de los Derechos materiales sucesorios de las distintas leyes que podrían aplicársele como su ley nacional en el momento del fallecimiento (WILKE, 2012, 605). Lo que no tendría cabida a través de la *professio iuris* del artículo 22 del Reglamento sucesorio, es la simple indicación por el causante de que su sucesión se rige por su propia ley nacional, sin indicar el momento al que se refiere, bien al realizar el acto o bien en el momento de su fallecimiento; dado que si se produce un cambio de nacionalidad desde el momento de la elección hasta el momento de la muerte sería muy difícil identificar con precisión el verdadero sentido de la elección. La consecuencia jurídica, en este caso, es la nulidad del acto de elección de ley y, por tanto, la aplicación de la ley de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento, como criterio objetivo de determinación de la *lex successionis*, conforme al artículo 21 del Reglamento sucesorio (WYSOCKA, 2012, 570). Sin embargo, si la elección de ley es a favor de la ley nacional del causante en el momento de la elección, esta se aplicará aunque sea otra la

nacionalidad que tenga en el momento de su fallecimiento. Una interpretación diferente iría en contra del tenor literal del artículo 22 del Reglamento sucesorio, que permite la posibilidad al causante de optar entre dos posibilidades —ley nacional en el momento de realizar la elección o ley nacional en el momento de su fallecimiento—, y con el objetivo de garantizar la estabilidad y la certeza de la ley aplicable a la sucesión (BONOMI, 2010, 895; DAVÍ / ZANOBETTI, 2013, 41).

### 3. LA *PROFESSIO IURIS* COMO «ARMA DE DOBLE FILO»

El Reglamento sucesorio ha solucionado el dilema entre la aplicación de la ley de la residencia y la aplicación de la ley nacional, dejando esta opción en manos del causante, a través de la *professio iuris*<sup>8</sup>.

Solo el causante puede hacer uso de la *professio iuris*, de forma unilateral. Se excluye, por tanto, la posibilidad de los herederos de acordar la ley aplicable a la sucesión de un causante, ya sea en el momento de la apertura de la sucesión o después de la misma (DAMASCELLI, 2013, 56).

La mayor ventaja de la *professio iuris* es la seguridad jurídica que implica saber de antemano la ley aplicable a una sucesión internacional, tanto para el causante como para los beneficiarios (BONOMI, 2015, 257). Todos los implicados en una sucesión internacional saben con antelación la Ley que va a regular sus posiciones después del fallecimiento del causante (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2017, 296).

Partiendo de este hecho, la *professio iuris* puede considerarse un «arma de doble filo», dependiendo del punto de vista desde el que se plantee su utilización, bien desde el punto de vista del causante o bien desde el punto de vista de los beneficiarios de la herencia.

Desde el punto de vista del «causante», la *professio iuris* presenta grandes ventajas (BONOMI, 2013, 301-305; GREESKE, 2014, 124-127).

En primer lugar, le permite elegir la ley que materialmente más le pueda interesar para beneficiar o privilegiar la posición jurídica de aquellos beneficiarios que crea más oportuno, o que esté más conectada con su sucesión, de entre las dos leyes que le permite el artículo 22 del Reglamento sucesorio. Aunque la regla general, según el artículo 21.1 del Reglamento sucesorio, es la aplicación de la ley de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento, por considerarse la ley que más estrechamente conectada está con la misma, puede ocurrir que existan otras leyes distintas con las que la sucesión presente mayor vinculación. Así, por ejemplo, puede producirse especialmente en relación a la sucesión de personas que, por motivos profesionales o de cualquier otra índole, cambian con frecuencia de residencia habitual, o de la sucesión de personas que a pesar de haber cambiado de residencia habitual

han seguido manteniendo vínculos frecuentes, no solo de carácter personal sino también patrimonial, con su país de origen o con otro país donde con anterioridad han tenido una residencia habitual de mayor duración (DAVÌ / ZANOBETTI, 2013, 37-38; Id., 2014, 55-56). Desde el punto de vista de la búsqueda de la ley más conectada con la sucesión, la aplicación mecánica y en abstracto de la ley de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento puede dar lugar a soluciones injustas y arbitrarias. Por ello, con el fin de conseguir el objetivo impuesto por el Reglamento sucesorio, de someter la sucesión a una ley previsible con la que guarde una estrecha vinculación, junto a la regla excepcional de la aplicación de la ley con la que el causante «mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho», recogida en el artículo 21.2 del Reglamento sucesorio, el artículo 22 del Reglamento sucesorio contempla la posibilidad, aunque limitada, del causante de elegir la ley aplicable a su sucesión.

Se trata de una norma de conflicto materialmente orientada, porque es el causante el que tiene la última palabra para organizar su sucesión. De este modo le permite al testador organizar su sucesión con antelación (LAGARDE, 2012, 719). La *professio iuris* permite planificar y organizar a una persona su sucesión conforme a la ley elegida (GORÉ, 2012, 764; LISANTI, 2013, 26). Así, el causante puede someter todos los aspectos relativos a su sucesión a una única ley, garantizando la coherencia entre las disposiciones *mortis causa* y cualesquiera otras cuestiones sometidas a la *lex successionis*. De este modo, se acaba con la «discriminación de herederos» provocada por la aplicación de leyes distintas a la misma sucesión internacional. La *professio iuris* constituye una herramienta de anticipación de aplicación del Reglamento sucesorio. El artículo 83.2 del Reglamento sucesorio prevé esta aplicación anticipada de la *professio iuris* al disponer «cuando el causante hubiera elegido, antes del 17 de agosto de 2015, la ley aplicable a su sucesión, esa elección será válida si cumple las condiciones establecidas en el capítulo III o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía». El Reglamento sucesorio le permite al causante organizar su sucesión antes de la fecha de su aplicación, el 17 de agosto de 2015, a través de la elección de ley siempre que el causante fallezca después de esa fecha (ABADIE, 2013, 16; SCHOPPE, 2014, 27-33; LISANTI, 2013, 26; ROSOUX, 2014, 181-162).

En segundo lugar, se asegura la previsibilidad y la certeza de la ley aplicable a la sucesión internacional tanto para el causante como para los beneficiarios de la sucesión, evitando la incertidumbre de la localización de la residencia habitual del causante, aprovechando al máximo las ventajas que ofrece el mercado interior (KHAIRALLAH, 2013, 53; LISANTI, 2013, 25; ROSOUX, 2014, 159). La conexión «residencia habitual en el momento del fallecimiento» es una conexión mutable, subjetiva y personal que puede cambiar mucho en el tiempo,

por lo que introduce un cierto grado de incertidumbre para aquellas personas que quieran organizar con anterioridad su sucesión. Por ello, la admisión de la *professio iuris*, desde el punto de vista del Derecho internacional privado de la Unión Europea, permite obtener un grado de certeza y estabilidad de la ley aplicable a la sucesión en todos los Estados en los que el Reglamento sucesorio se aplica (DUTTA, 2009, 571 y siguientes). Sin embargo, esta certeza y previsibilidad de la ley aplicable puede no ser real en los casos en los que existen bienes hereditarios en terceros países, y se otorgue una competencia judicial internacional concurrente para conocer de la sucesión internacional, si la *professio iuris* no se admite o se admite de forma distinta. Cuando se da esta circunstancia, no se puede garantizar la obtención de resultados uniformes en todos los casos (BONOMI, 2015, 258-260; DAVÌ / ZANOBETTI, 2013, 38-39; DAVÌ / ZANOBETTI, 2014, 57-59).

En tercer lugar, la *professio iuris* evita los problemas de fraude de ley que pueden producirse con un cambio voluntario y artificioso de la residencia habitual, como punto de conexión objetivo aplicable en defecto de elección, *ex* artículo 21.1 del Reglamento sucesorio, porque se «congela» la *lex successionis* aunque se produzca un cambio posterior de la residencia habitual a otro Estado (ROSOUX, 2014, 159). Este cambio fraudulento es, sin embargo, casi imposible con el punto de conexión nacionalidad, *ex* artículo 22 del Reglamento sucesorio, dadas las condiciones exigibles por los distintos ordenamientos jurídicos para adquirir la nacionalidad de un concreto Estado.

En cuarto lugar, se eliminan los problemas de calificación de la naturaleza mueble o inmueble de los bienes hereditarios, pues la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos que se basaban en el fraccionamiento legislativo, como Bélgica o Francia, tenían normas de conflicto distintas dependiendo de la naturaleza mueble o inmueble de los bienes sucesorios: la sucesión de los bienes muebles se regía por la ley del último domicilio del causante y la de los bienes inmuebles por la ley del lugar de situación de los mismos.

Ahora bien, desde el punto de vista de los «beneficiarios», sin embargo, la *professio iuris* debe estar limitada para evitar defraudar las legítimas de los herederos forzosos y para garantizar que exista una conexión entre el causante y la ley elegida. Así el Considerando 38 del Reglamento sucesorio dispone de forma expresa que «dicha elección debe limitarse a la ley de un Estado de su nacionalidad, para garantizar que exista una conexión entre el causante y la ley elegida y para que se elija una ley con la intención de frustrar las expectativas legítimas de los herederos forzosos» (JUNGHARDT, 2009, 167 y siguientes; MAX PLANCK INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, 2010, 608-609). Para evitar justamente el fraude de ley, y que se elija una ley aplicable a la sucesión que verdaderamente esté vinculada con la misma, el derecho subjetivo del causante de elegir la ley aplicable se limita a dos leyes que reflejan una vinculación real con la sucesión: la

ley de la nacionalidad del causante en el momento de la elección o la ley de la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento (GREESKE, 2014, 102-103; LAGARDE, 2012, 719-720). El artículo 22 del Reglamento sucesorio no somete a ninguna restricción la posibilidad de elección de ley del causante en cuanto a sus efectos. La elección de ley no protege a los herederos forzosos o a los legitimarios (BALLARINO, 2013, 1123-1124). Este es el inconveniente más palpable que puede provocar la *professio iuris*, es decir, que con la elección de ley se intente evitar el Derecho imperativo que realmente tendría que haber regido la sucesión, de no haber existido dicha elección de ley (BONOMI, 2013, 305; CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2014, 130-132). Sin embargo, este inconveniente no es real puesto que el Reglamento sucesorio cuenta con mecanismos para evitar la aplicación de una ley fraudulenta o abusiva: el fraude de ley internacional y la excepción del orden público internacional.

El Reglamento sucesorio no regula la figura del fraude de ley internacional de forma expresa. Sin embargo, sí que lo tiene muy presente cuando en el Considerando 26 se establece que «ningún elemento del presente Reglamento debe ser óbice para que un tribunal aplique mecanismos concebidos para luchar contra la elusión de la ley, tales como el fraude de ley en el contexto del Derecho internacional privado». Ahora bien, siempre que se elija una de estas dos leyes, la elección de ley es válida aunque la aplicación del Derecho material sucesorio concreto elegido por el causante haga prevalecer la posición jurídica de unos beneficiarios frente a otros o se aplique un ordenamiento jurídico sucesorio que desconozca un sistema de legítimas. El Reglamento sucesorio, por tanto, no establece ningún mecanismo de corrección de los legitimarios, porque en realidad no es necesario. La ley de la nacionalidad elegida será la que determine la posición sucesoria de los legitimarios; si el causante puede disponer de todos sus bienes sucesorios o solo de algunos, o de si se aplica un sistema de legítimas, entre otras muchas cuestiones sucesorias. No se deja, por tanto, en manos de la voluntad del causante, que no es libre para disponer de sus bienes hereditarios, sino que está limitado y sujeto a lo que la *lex successionis* disponga. Ahora bien, tampoco se puede dejar en manos del juez para que certifique la intensidad de los vínculos de la sucesión con el Estado cuya ley es elegida por el causante para regir su sucesión. Ello provocaría una grave incertidumbre sobre la validez de la *professio iuris*, lo que es totalmente incompatible con los objetivos del artículo 22 del Reglamento sucesorio: asegurar la previsibilidad y la estabilidad de la ley aplicable. Así, *ad ex.*, se podría plantear que la elección de ley es fraudulenta cuando el causante adquiere la nacionalidad de un Estado con el único objetivo de someter su sucesión a ley de ese Estado (BONOMI, 2013, 332-333). Debe tratarse de un cambio voluntario, malicioso y artificial, como por ejemplo, si se cambia de nacionalidad justo antes de morir, para crear una falsa vinculación de la sucesión con ese país, en lugar de con el país con el que la sucesión, en realidad, presenta la mayor vinculación. Se trata de un

cambio aparente que provoca una conexión fraudulenta, que no refleja una vinculación auténtica con un país. Sin embargo, teniendo en cuenta, las condiciones que normalmente se exigen para adquirir la nacionalidad de una persona, esta situación se producirá muy raramente y será muy difícil de demostrar. Dejando a un lado estos casos de adquisición de nacionalidad, el carácter fraudulento de la *professio iuris* se puede plantear en los supuestos en los que, salvo la nacionalidad, no existe ningún otro vínculo con la ley elegida. Este es el caso, *ad ex.*, de los inmigrantes de segunda o tercera generación que conservan la nacionalidad del Estado de origen de sus familias, sin tener ningún otro contacto con dicho país (BONOMI, 2013, 333; BONOMI, 2015, 260; CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2014, 151; DAMASCELLI, 2013, 54).

En estos supuestos, además no se puede alegar la excepción de orden público internacional, recogida en el artículo 35 del Reglamento sucesorio, para descartar la aplicación de una ley estatal que no contempla la existencia de legitimarios ni de patrimonios vinculados, o contra una Ley estatal que establece cuotas muy bajas en favor de los legitimarios (AZAVANT, 2013, 21; CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2014, 122). Ello iría en contradicción con el principio de previsibilidad de la ley aplicable y con el espíritu liberal que inspira el Reglamento sucesorio, poniéndose en peligro el efecto útil del artículo 22 del Reglamento sucesorio (BONOMI, 2013, 332; DAVÌ / ZANOBETTI, 2013, 44). El Tribunal Supremo español, en sentencias de 18 de noviembre de 1996 (Lowenthal) y de 21 de mayo de 1999 (Denney) lo ha dejado muy claro: «*La legítima... no pertenece a materia protegida por el orden público...*» (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2014 122; CASTELLANOS RUIZ, 2001, 81-88; DAVÌ AND ZANOBETTI, 2013, 44-45). Para descartar la aplicación de determinadas disposiciones de una ley extranjera, la aplicación de tales disposiciones debe ser «manifiestamente incompatible» con el orden público del Estado miembro de que se trate, tal y como dispone el Considerando 58 del Reglamento sucesorio. Así, por ejemplo, podría invocarse la excepción de orden público internacional si un ordenamiento jurídico establece discriminaciones haciendo depender los derechos sucesorios de si los hijos son naturales o legítimos, u otorgando mayores derechos sucesorios en razón del sexo, o por pertenecer a una determinada etnia o religión; o incluso si para suceder se obliga a los herederos a convertirse a una determinada religión (AZAVANT, 2013, 19; DAMASCELLI, 2013, 102-104; DAVÌ AND ZANOBETTI, 2014, 106). Sin embargo, tal excepción deberá apreciarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto, dado que la misma norma puede ser contraria o no al orden público internacional del foro según las circunstancias. Así, una norma que otorgue mayores derechos sucesorios al hombre que a la mujer va en contra del orden público internacional español, pero si los herederos son todos hombres o todas mujeres, en ese caso concreto, no podría invocarse la excepción de orden público. Ahora bien, estas posibles discriminaciones deben examinarse con máximo cuidado, pues en ciertos ordenamientos

jurídicos extranjeros, la mujer, por ejemplo, tiene menos derechos hereditarios pero dispone de ciertas prestaciones que le deben los herederos (CARRASCO-SA GONZÁLEZ, 2014, 169-171). En este caso, no existe, en realidad, ninguna discriminación, sino un «modo distinto de organización familiar» (RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, 2013, 171-174).

Teniendo en cuenta que la limitación de la *professio iuris* está justificada surge la cuestión de la determinación de la nacionalidad o nacionalidades múltiples del causante. Este tema debe resolverse como una cuestión preliminar ajena al Reglamento sucesorio, puesto que la atribución de la nacionalidad por un Estado queda fuera del ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio. «La cuestión de considerar a una persona como nacional de un Estado queda fuera del ámbito de aplicación del presente Reglamento y está sujeta a la legislación nacional, incluidos, cuando proceda, los convenios internacionales, dentro del pleno respeto de los principios generales de la Unión Europea» (Considerando 41 del Reglamento sucesorio). Cada Estado dispone de competencia exclusiva para determinar qué personas ostentan su nacionalidad. Por tanto, un tribunal, ante el que se le plantee como cuestión previa la determinación de la nacionalidad del causante, en un litigio sucesorio, si debe precisarse la nacionalidad del Estado del foro del causante tendrá que aplicar el Derecho de la «nacionalidad» del foro; pero si debe precisarse la nacionalidad del causante en otro Estado, tendrá que aplicar las normas reguladoras de la nacionalidad de ese otro Estado. Ahora bien, el Reglamento sucesorio menciona que la determinación de la nacionalidad debe hacerse «dentro del pleno respeto de los principios generales de la Unión Europea». En realidad el Derecho Europeo no regula la adquisición o la pérdida de la nacionalidad de los Estados miembro, sino que remite la solución del problema a las respectivas legislaciones, al tratarse de una cuestión que está incluida en sus competencias soberanas. El Derecho Europeo contiene solamente principios relativos al reconocimiento de los efectos que puede tener en su interior la atribución o la pérdida de la nacionalidad de un Estado. En este sentido los principios europeos que afectan al Derecho de la nacionalidad deben operar como un mecanismo de orden público internacional europeo frente a la aplicación del Derecho público, tanto de los Estados miembro como de terceros Estados (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2014, 133-134).

En el caso de que el causante poseyera varias nacionalidades podrá elegir la ley de «cualquiera» de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento (art. 22.1 párrafo segundo) (FONTANELLAS MORELL, 2013, 284-290). El artículo 22.1 del Reglamento sucesorio, párrafo segundo, obliga a las autoridades del Estado del foro a aceptar que un causante con múltiple nacionalidad elija, como *lex successionis*, «la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento». Puede afirmarse, por tanto, que resultan inaplicables los Convenios internacionales



firmados por los Estados en materia de doble nacionalidad para designar una «nacionalidad prevalente» a efectos de Derecho internacional privado. Tampoco resultan aplicables las normas de conflicto de producción interna. En realidad, no hay ningún conflicto entre nacionalidades, ya que es el causante el que va a elegir entre cualquiera de las múltiples nacionalidades que ostente, a efectos de elegir su *lex successionis*. Es indiferente, que el causante elija la ley de su nacionalidad efectiva o de su nacionalidad latente, dado que el legislador europeo ha sido muy liberal al respecto (BONOMI, 2013, 300; DAMASCELLI, 2013, 54; GORÉ, 2012, 763). Esta solución acaba con el riesgo de la primacía en su aplicación de la ley nacional del foro (LAGARDE, 2012, 719). Ello, sin embargo, aunque puede provocar la aplicación de una ley sucesoria que no tenga conexión real con la sucesión, posee la ventaja práctica de favorecer la certeza de la ley aplicable, evitando al intérprete las dificultades de establecer unos criterios idóneos para determinar la prevalencia de una nacionalidad sobre otra (DAMASCELLI, 2013, 54). Igualmente si tiene varias nacionalidades, una nacionalidad de un Estado miembro y otra de un tercer Estado, el causante puede elegir cualquiera de ellas a efectos de elegir la ley aplicable a su sucesión. En otras palabras, no prevalece la nacionalidad en un Estado miembro sobre la nacionalidad en un tercer Estado, pues no hay que olvidar que la *lex successionis* tiene carácter universal o efectos *erga omnes* (art. 20) (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2014, 135-137; CASTELLANOS RUIZ, 2017, 744-745).

Ahora bien, las personas sin nacionalidad, los apátridas, no pueden hacer uso de la *professio iuris*, justamente por encontrarse limitada a la ley nacional del causante. Su sucesión se rige por la ley de la residencia habitual del apátrida en el momento de su muerte (art. 21 del Reglamento sucesorio) (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2014, 144).

Desde el punto de vista de las condiciones de aplicación la *professio iuris* presenta grandes ventajas.

La elección de ley realizada a través del sistema recogido en el Reglamento es válida aun cuando la ley elegida no prevea la elección de ley en materia de sucesiones (Considerando 40). La validez de la *professio iuris*, por tanto, no depende de la Ley elegida sino que deriva del propio Reglamento que permite tal elección (KHAIRALLAH, 2013, 55-56). Así, por ejemplo, el artículo 9.8 del Código Civil, norma de conflicto española de producción interna, reguladora de la ley aplicable a las sucesiones internacionales, no permite la *professio iuris*; pero ello no es óbice para que el causante, si es nacional español, someta su sucesión a la ley española.

La validez material del acto por el que se haya hecho la elección de ley se regirá por la ley elegida (art. 22.3), aun cuando la ley elegida no prevea la elección de ley en materia de sucesiones. Ahora bien, lo que sí es importante es determinar la validez material del acto de elección, es decir, si la persona que llevó a cabo la elección de ley comprendía lo que estaba haciendo y consintió

en ello. El consentimiento de las partes se rige por la ley presuntamente elegida, aun cuando la ley elegida no prevea la elección de ley en materia de sucesiones (Considerando 40) (GORÉ, 2012, 766; LAGARDE, 2012, 721).

Nada dice el artículo 22 sobre la ley aplicable a la capacidad del causante para realizar la *professio iuris*. Sin embargo, se puede aplicar por analogía la solución que ofrece el Reglamento sucesorio, en su artículo 26.1.a), en relación con la capacidad del disponente para realizar la disposición *mortis causa*. Así, la capacidad del causante para realizar el acto de elección de ley, en favor de su ley nacional, se debe regir por la ley presuntamente elegida por el causante (art. 22.3 y 26.1.a) (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2014, 126).

La elección de ley podrá ser modificada o revocada en los mismos términos formales aplicables a la modificación o la revocación de las disposiciones *mortis causa* (art. 22.4). Esta escueta y breve regulación da lugar a numerosos problemas interpretativos (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2014, 144). Por ello, se hace necesario aclarar varios aspectos relativos a la modificación o revocación del acto de elección (DAVÌ / ZANOBETTI, 2013, 50-57; DAVÌ / ZANOBETTI, 2014, 76-80):

a) El Reglamento sucesorio omite resolver expresamente la cuestión de determinar la admisibilidad de la modificación o revocación de la *professio iuris*. El problema está en determinar si la admisibilidad de la revocación o la modificación de la *professio iuris* se regula directamente por el Reglamento sucesorio o por la misma ley que ha sido elegida. Parece razonable pensar que la elección de ley puede ser modificada o revocada porque así lo permite implícitamente el artículo 22.4 del Reglamento sucesorio, que regula las condiciones de validez formal de la modificación o revocación del acto de elección de ley<sup>9</sup>. Por tanto, es irrelevante que la ley elegida, que ahora quiere ser modificada o revocada permita tal modificación o revocación e incluso que la nueva ley sucesoria tampoco lo permita.

b) Tampoco se pronuncia el Reglamento sucesorio sobre cuál es la ley aplicable a la validez material del acto por el que se modifica o revoca una elección de ley. Sin embargo, el Considerando 40 *in fine* nos señala que la validez material del consentimiento y la capacidad de las partes para modificar o revocar el acto de elección de ley, se rige por la ley presuntamente elegida en primer término, aun cuando la ley elegida no prevea la elección de ley en materia de sucesiones (Considerando 40 *in fine*) (DAVÌ / ZANOBETTI, 2013, 53; Id., 2014, 82).

c) El Reglamento sucesorio no soluciona el problema concerniente a la posibilidad de una revocación o modificación implícita del acto de elección de ley como consecuencia de la modificación o revocación del testamento —o cualquier otra disposición *mortis causa*— en que está contenido. La revocación del acto donde se contiene la *professio iuris* se puede producir, por ejemplo, a través de una declaración expresa, a través de la redacción de nuevas disposiciones total

o parcialmente incompatibles con las anteriores o por la destrucción material del documento en el que se contenía el acto de elección de ley.

Ahora bien, ¿se podría entender que existe una revocación o modificación implícita de la *professio iuris* por la revocación o modificación del testamento donde se recoge dicha *professio iuris*? Aunque el Reglamento sucesorio no contempla solución alguna, el artículo 22 del Reglamento sucesorio ofrece suficientes elementos para responder negativamente, como lo han señalado los profesores A. DAVÌ y A. ZANOBETTI con extraordinaria precisión (DAVÌ / ZANOBETTI, 2013, 54, DAVÌ / ZANOBETTI, 2014, 83-84). Así, por un lado, a diferencia del párrafo 2º del artículo 22 del Reglamento sucesorio, que admite la *professio iuris* tanto de forma expresa como de forma tácita, el párrafo 4º del artículo 22 del Reglamento sucesorio excluye claramente la posibilidad de una modificación o revocación tácita que pudiera resultar de los términos de una disposición *mortis causa*, exigiendo que se cumplan los requisitos formales previstos para la modificación o revocación de tales disposiciones. Por otro lado, el artículo 27 del Reglamento sucesorio, regulador de la validez formal de las disposiciones *mortis causa* y que es indirectamente reclamado por el artículo 22.4 del Reglamento sucesorio, se aplica únicamente a las disposiciones *mortis causa* que se realicen «por escrito». El único significado que se puede atribuir con certeza a esta restricción, es repetir la exclusión ya recogida en el artículo 1.2.f) del mismo texto, del ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio, «la validez formal de las disposiciones *mortis causa* hechas oralmente». El silencio del Reglamento sucesorio sobre cómo solucionar los problemas de forma de una modificación o revocación implícita de la *professio iuris* difícilmente puede ser interpretado como una manifestación implícita de la voluntad normativa de someter dicha posibilidad a una de las leyes recogidas en su artículo 27, sobre todo, si se tiene en cuenta que la aplicación de tales leyes podrían incluso ignorar la *professio iuris*. Razones de seguridad deben, en todo caso, llevar a la persona interesada a precisar con claridad en el acto de revocación de su testamento —o disposición *mortis causa*—, su voluntad respecto a la eventual designación de ley que haya sido efectuada, simultánea o separadamente, de ese testamento —o disposición *mortis causa*— (DAVÌ / ZANOBETTI, 2013, 54-55; DAVÌ / ZANOBETTI, 2014, 84).

d) Tampoco el Reglamento sucesorio soluciona el problema de la revocabilidad unilateral del acto de elección de ley contenido en un pacto sucesorio. Incluso cuando la elección de ley se incluye en un pacto sucesorio la *professio iuris* sigue siendo un acto unilateral de la persona (o de una de las personas) de cuya herencia se trata, y es por tanto, en principio, también revocable de forma unilateral, distinguiéndose el acto de elección de ley del propio pacto sucesorio, que es el que constituye un verdadero acuerdo entre las partes, por lo que solo podrá ser revocado con el consentimiento de todos los participantes en el pacto sucesorio. Teniendo en cuenta, además, que la ley aplicable a la

sucesión no coincide necesariamente con la ley reguladora del pacto sucesorio, la revocación de *la professio iuris* puede ejercer una influencia negativa, e incluso a veces destructiva, sobre los efectos del mismo, dado que el Reglamento sucesorio subordina su validez explícitamente a su compatibilidad con las normas imperativas de la ley reguladora de la sucesión que limitan la libertad de disposición del *de cuius*, teniendo en cuenta, en concreto, las normas de protección de los legitimarios. Por eso, con el fin de proteger los derechos de los beneficiarios del pacto contra tales riesgos, en el curso de los estudios y debates que acompañaron la elaboración del Reglamento sucesorio, se propuso introducir una disposición que estableciera que una *professio iuris* incorporada en un pacto sucesorio no podía ser revocada, más que con el consenso de todas las partes participantes en el pacto (DAVÌ, 2004, 495; BONOMI, 2010, 253)<sup>10</sup>.

Sin embargo, el Reglamento sucesorio aunque inspirado por una actitud moderada a favor de los pactos sucesorios, como recoge el Considerando 49 del Reglamento sucesorio («Con el fin de facilitar que los derechos sucesorios adquiridos como consecuencia de un pacto sucesorio sean aceptados en los Estados miembros, el presente Reglamento debe determinar qué ley ha de regir la admisibilidad de esos pactos, su validez material y sus efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución»), a pesar de la prohibición de los mismos en los ordenamientos jurídicos de varios Estados miembro, no ha incluido un precepto en este sentido, prefiriendo atribuir suma importancia a la exigencia de evitar el debilitamiento de cualquier manera de la libertad de disposición del autor de la elección de la ley, y la protección de los legitimarios que ha representado durante los trabajos preparatorios una de las mayores preocupaciones (DAVÌ / ZANOBETTI, 2013, 56; DAVÌ / ZANOBETTI, 2014, 87-88). Por un lado, de hecho, el Reglamento sucesorio no prevé en este caso restricciones de ningún tipo a la revocabilidad de la *professio iuris*. Por otro lado, esto privilegia de forma inequívoca los derechos de los legitimarios recogidos en la ley reguladora de la sucesión, supuestamente diferente de la ley que regula los pactos sucesorios, frente a los derechos de los beneficiarios del pacto sucesorio en cuestión. Así, lo establece con claridad meridiana el Considerando 50 del Reglamento sucesorio cuando señala que la ley aplicable a la validez y a los efectos de los pactos sucesorios no debe menoscabar los derechos de ninguna persona que, en virtud de la ley aplicable a la sucesión, tenga derecho a la legítima o a cualquier otro derecho del que no puede verse privada por la persona del *de cuius*. Si se tiene en cuenta que, sin embargo, los beneficiarios de los pactos sucesorios no están definitivamente protegidos por el Reglamento sucesorio contra los efectos desfavorables que pueda producir sobre sus derechos un cambio de la ley reguladora de la sucesión provocado por el *de cuius* a través de un correspondiente cambio de su país de residencia habitual o mediante una *professio iuris* realizada *ex novo*, en un momento posterior a la conclusión de uno de estos pactos sucesorios, parece justificado concluir que

dicha solución es aplicable *mutatis mutandis* en relación a la revocación de una *professio iuris* realizada simultáneamente al mismo pacto sucesorio<sup>11</sup>.

e) El Reglamento sucesorio no menciona los problemas que se pueden plantear con la denominada «revocación legal» de las disposiciones *mortis causa*, admitida por algunos ordenamientos jurídicos, especialmente del *common law*. Algunos ordenamientos, especialmente de los países del *common law*, consideran ciertos acontecimientos de la vida de una persona, como el matrimonio, el divorcio, el nacimiento de los hijos o la adopción, como causas de la llamada «revocación legal» de las disposiciones de última voluntad, efectuadas anteriormente. Es fácil de entender que no se trata de una verdadera y propia revocación, sino de un *contrarius actus* proveniente del autor de las disposiciones implicadas. Las consecuencias que posteriormente se derivan de dicho acto, se deben a que el autor de las disposiciones legalmente revocadas no las sustituye por unas disposiciones nuevas, quedando su sucesión sometida a las normas que rigen normalmente la sucesión *ab intestato*.

Ahora bien, en algunas de las disposiciones *mortis causa* objeto de la mencionada forma de revocación legal, el *de cuius* puede haber realizado una *professio iuris* en favor de la ley que la establece. En este caso, se plantea el problema de saber si también la *professio iuris* debe ser arrastrada por la revocación, de manera que, la sucesión sea considerada *ab intestato* y no sometida a la ley que había sido originariamente designada y que prevé la pérdida de eficacia de dichas disposiciones. En caso afirmativo, las disposiciones *mortis causa* afectadas quedarían fuera de la revocación y podrían mantener así su operatividad siempre que no fueran contrarias a la nueva ley objetivamente aplicable a la sucesión. Una adecuada interpretación sistemática del Reglamento sucesorio debería, sin embargo, llevar a dar una respuesta negativa<sup>12</sup>. Se ha visto de hecho que el Reglamento sucesorio resuelve autónomamente todos los problemas relacionados, aunque indirectamente, con la disciplina internacional privatística de la *professio iuris*, sometiendo a la ley designada únicamente la regulación de los perfiles de derecho material, en cuanto a su validez formal y sustancial en cuanto acto jurídico. Sin embargo, el Reglamento sucesorio no contiene ninguna norma relativa a la pérdida de eficacia de tal designación a la que pueda reconducirse. Por otra parte, ni siquiera las mismas leyes que prevén la revocación legal extienden sus efectos a la *professio iuris*, no solo porque normalmente se trata de una institución aún desconocida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, sino también porque los problemas relativos a la determinación de la ley aplicable a la sucesión no están relacionadas con las preocupaciones a las que responde este tipo de revocación y que consisten en la protección de la tutela de los intereses materiales de las personas involucradas, o, más en general, de la adaptación de la disciplina sustancial de la sucesión a la situación familiar cambiante del *de cuius*. No se descarta excluir que, a pesar de la pérdida de eficacia de las disposiciones ya adoptadas, la aplica-

ción de la ley designada continúe igualmente siendo aplicable a la intención y a las expectativas del interesado que, normalmente conserva aún (salvo en casos particulares, como aquello del nacimiento póstumo de hijos) la amplia posibilidad de reorganizar la sucesión hereditaria del propio patrimonio, de la manera más conveniente para él (DAVÌ / ZANOBETTI, 2013, 55-56; DAVÌ / ZANOBETTI, 2014, 85-86).

f) La validez formal de la modificación o revocación de la elección de ley se rige por la ley aplicable a la forma de las disposiciones *mortis causa* realizadas por escrito, *ex* artículo 27.2 del Reglamento sucesorio, si tal elección se hizo en un testamento o en un pacto sucesorio, puesto que el artículo 22.2 se refiere a las disposiciones *mortis causa*, en relación con la forma del acto original de la elección. El artículo 27.2 del Reglamento sucesorio regula la validez formal de las disposiciones *mortis causa*, realizadas por escrito, siempre que modifiquen o revoquen una disposición anterior, por lo que indirectamente el artículo 22 remite a lo dispuesto en el artículo 27.2 del Reglamento sucesorio. Junto a las leyes recogidas en el artículo 27.1 del Reglamento sucesorio, hay que tener en cuenta que la modificación o revocación de la elección de ley también será válida en cuanto a la forma si responde a una de las leyes a tenor de las cuales, de conformidad con el apartado 1, la disposición *mortis causa* modificada o revocada era válida (DAVÌ / ZANOBETTI, 2013, 52; DAVÌ / ZANOBETTI, 2014, 80-81).

### III. CONCLUSIONES

I. El artículo 22 del Reglamento (UE) 650/2012 regula la elección de ley aplicable a la sucesión internacional y prevalece sobre el resto de las leyes aplicables a la sucesión (arts. 20 y 21). Se trata indiscutiblemente de una de las novedades más importantes en la regulación de las nuevas normas de conflicto en materia sucesoria, en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea.

II. No existe un poder absoluto de elegir cualquier ordenamiento jurídico como rector de la sucesión internacional de un sujeto, sino que solo se permite al causante elegir la ley del Estado cuya nacionalidad posee en el momento de realizar la elección o en el momento de su fallecimiento. Aun así, se trata, en definitiva, de una solución muy liberal en la que se le da la posibilidad al causante de elegir el entero «cuadro legal de su sucesión *mortis causa*».

III. Con la admisión de la *professio iuris* el legislador europeo se alinea con otros textos anteriores que parten de la autonomía conflictual, como es el Reglamento Roma I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (art. 3); Reglamento Roma II, sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales (art. 14) o Reglamento Roma III, sobre ley aplicable al divorcio o a la separación judicial (arts. 5-7).

IV. La elección válida de la ley aplicable a la sucesión internacional evita la litigación sobre cuál es la *lex successionis* y, sobre todo, elimina los graves problemas de determinación de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, la regla general aplicable en defecto de *professio iuris*.

V. Solo se considera válidamente la elección de ley si se elige una sola ley aplicable a la totalidad de la sucesión, siempre que sea a favor de la ley del Estado cuya nacionalidad posee el causante en el momento de realizar la elección o en el momento de su fallecimiento, bien «expresamente» en una declaración en forma de disposición *mortis causa*, o «tácitamente» si resulta de los términos de una disposición del mismo tipo.

VI. La mayor ventaja de la *professio iuris* es la seguridad jurídica que implica saber de antemano la ley aplicable a una sucesión internacional, tanto para el causante como para los beneficiarios. Ahora bien, la *professio iuris* puede considerarse un «arma de doble filo», dependiendo del punto de vista desde el que se plantee su utilización, bien desde el punto de vista del causante o bien desde el punto de vista de los beneficiarios de la herencia.

Desde el punto de vista del causante, principalmente le permite elegir la ley que materialmente más le pueda interesar para beneficiar o privilegiar la posición jurídica de aquellos beneficiarios que crea más oportuno, o que esté más conectada con su sucesión, de entre las dos leyes que le permite el artículo 22 del Reglamento sucesorio. Desde el punto de vista de los «beneficiarios», sin embargo, la *professio iuris* debe estar limitada para evitar defraudar las legítimas de los herederos forzosos y para garantizar que exista una conexión entre el causante y la ley elegida.

VII. Por último, hay que valorar negativamente el hecho de que el legislador europeo no haya regulado la *professio iuris* de la misma forma en materias tan relacionadas entre sí como la ley aplicable a la sucesión y la ley aplicable al régimen económico de las parejas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABADIE, L. (2013). La loi applicable au sein du Règlement, *Droit de la famille*, Octubre, núm. 10, 12-16.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2009). La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria, en M. P. García Rubio (Coord.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Manuel Lete del Río*, Navarra: Civitas, Aranzadi, 17-49.
- AZAVANT, M. (2013). L'ordre public sucesoral, *Droit de la famille*, Octubre, núm. 10, 17-21.
- BALLARINO, T. (2013). Il nuovo Regolamento Europeo sulle successioni, *Rivista di diritto internazionale*, Fasc. 4, 1116-1145.

- BONOMI, A. (2010). Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement européen, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Bilbao, 241-272.
- (2010). Prime considerazioni sulle proposta di regolamento sulle successioni, *Riv dir int priv proc*, 875-914.
- (2013). Article 22, en A. BONOMI / P. WAUTELET / I. PRETELLI / A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement núm. 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, 298-335
- (2013). Il regolamento europeo sulle successioni, *Riv dir int priv proc*, 293-324.
- (2015). Artículo 22. Elección de la ley aplicable, en A. Bonomi / P. Wautelet, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Navarra: Aranzadi, 254-286.
- BONOMI, A., y BERTHOLET, J. (2005). La professio iuris en droit international privé suisse et comparé, *Mélanges de l'Association des Notaires Vaudois*, Zurich, Schulthess, 355-380.
- BOULANGER, F. (2012). Révolution juridique ou compromise en trompe l'oeil? - À propos du nouveau règlement européen sur les successions internationales, *La semaine juridique*, 15 de octubre, 1120-1130.
- CALVO VIDAL, I. (2012). El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones', *Noticias de la UE*, núm. 328, 97-107.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Granada: Comares.
- (2017). El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LVII, Colegio Notarial de Madrid, 191-322.
- CASTELLANOS RUIZ, E. (2001). *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada: Comares.
- (2017). Sucesión hereditaria, en A. L. Calvo Caravaca, y J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho internacional privado. Vol. II*, 17ª ed., Granada: Comares, 701-824.
- DE CESARI, P. (2001). *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova.
- DAMASCELLI, D. (2013). *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Milán: Giufrè Editore.
- DAVÌ, A. (2004). L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne, *Riv dir int priv proc*, 473-498.
- (2005). Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni, *Riv dir int*, 297-341.
- (2012). Le renvoi en droit international privé contemporain', *Hague Recueil*, vol. 352.
- DÖLLE, H. (1966). Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht, *RabelsZ*, 205-240.
- DREHER, K. (1999). *Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht- Unter besondere Berücksichtigung des italienischen IPR- Reformgesetzes, N. 218 vom 31. Mai 1995*, Frankfurt.
- DUTTA, A. (2009). Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation, *RabelsZ*, 547-606.



- FERACI, O. (2013). L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea, *RDI*, núm. 2, 424-491.
- FONTANELLAS MORELL, J.-M. (2010). *La professio iuris sucesoria*, Madrid: Marcial Pons.
- (2013). El nuevo Reglamento europeo en materia de sucesiones. Aspectos de Derecho internacional privado, *Revista española de derecho internacional*, vol. 65, 284-290.
- GORÉ, M. (2012). La *professio iuris*, *Defrénois*, núm. 15-16, 15-30 de agosto, 762-767.
- GRESKE, M. (2014). *Die Kollisionsnormen der neuen Erbrechtsverordnung*, Lang: Peter Frankfurt.
- HANISCH, H. (1985). *Professio iuris, réserve légale und Pflichtteil*, *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 473-489.
- HEINI, A. (1986). Der Grundsatz der Nachlassseinheit und das neue internationale Erbrecht der Schweiz, *Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag*, Bern, 187-195.
- HOTZ, K.P. (1969). *Die Rechtswahl in Erbrecht im intercantonalen und internationalen Verhältnis*, Zürich.
- JACOBSEN, K. (1983). Die Rechtswahl im interlokalen Erbrecht Deutschlands, *Recht in Ost und West*, 3, 97-107.
- JAYME, E. (2009). Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies, *Yearbook of Private International Law*, vol. 11, 1-10.
- JUNGHARDT, A. (2009). *Die Vereinheitlichung des Erb- und Testamentsrechts im Rahmen einer Europäischen Verordnung - Rom IV-VO*, Regensburg.
- KHAIRALLAH, G. (2013). La détermination de la loi applicable à la succession, en Georges Khairallah / Mariel Revillard (dirs.), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed. Defrénois, Paris, 2013, 47-65.
- KINDLER, P. (2010). From Nationality to Habitual Residence: Some Brief Remarks on the Future EU Regulation on International Successions and Wills, en K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law — Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, Zurich, 251-258.
- (2011). La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione europea: qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e *professio iuris*, *Riv dir int*, 422-432.
- KÜHNE, G. (1973). *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, Bielefeld.
- (1973). Testierfreiheit und Rechtswahl im internationalen Erbrecht. Die Parteiautonomie. eine «basic rule» des Kollisionsrechts?, *JuristenZeitung*, 28, 403-407.
- LAGARDE, P. (2012). Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions, *Rev crit droit int privé*, 691-732.
- (2013). Présentation du règlement sur les successions, en Georges Khairallah / Mariel Revillard (dirs.), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Paris; Defrénois, 5-16.
- LISANTI, C. (2013). La *professio iuris* dans le Règlement successions du 4 juillet 2012, *Gazete du Palais*, núm. 165-166, 23-26.
- MAX PLANCK INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT (2010). Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters

- of succession and the creation of a European Certificate of Succession, *RabelsZ* 74, 1-155.
- VON OVERBECK, A.E. (1993). L'irrésistible extensión de l'autonomie en droit international privé, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 619-636.
- (1965). La *professio iuris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé, *Liber amicorum B. L. Fredericq*, Gent, vol. II, 1085-1112.
- RODRÍGUEZ RODRIGO, J. (2017). Efectos del matrimonio. Dossier especial, en A.L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho internacional privado. Vol. II*, 17ª ed., Granada: Comares, 262-270.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, S. (2013). *Una introducción al Reglamento de Sucesiones de la UE (desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España)*, Cuadernos de Derecho Registral.
- RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I. (2013). La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», en *InDret*, 1-98 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- ROSOUX, H. (2014). Arrêt sur le régime transitoire du Règlement successions, *Revue de planification patrimoniale belge et internationale*, núm. 2, 157-166.
- SCHOPPE, C. (2014). Die Übergangsbestimmungen zur Rechtswahl im internationalen Erbrecht: Anwendungsprobleme und Gestaltungspotential, *IPRax*, 1, 27-33.
- SIEHR, K. (1987). Das internationale Erbrecht nach dem Gesetz zur Neuregelung des IPR, *IPrax*, 4-8.
- STURM, F. (1985). Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien und Erbrecht, *Recht und Rechtserkenntnis. Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag*, Berlin, Bonn, München, 637-658.
- WILKE, F.M. (2012). Das international Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung, *Recht der internationalen Wirtschaft*, núm. 9, 601-609.
- WYSOCKA, A. (2012). How can a valid *professio iuris* be made under the EU Succession Regulation?, *Nederlands int. privaatrecht*, 569-575.

## NOTAS

<sup>1</sup> DOUE L. 201 de 27 de julio de 2012, 107-134.

<sup>2</sup> Sobre el origen y significado de la expresión '*professio iuris*', *vid.*, BONOMI, A. (2010). Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement européen, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Bilbao, 241-272; DE CESARI, P. (2001). *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, 65-120; FONTANELLAS MORELL, J.-M. (2010). *La professio iuris sucesoria*, Madrid, 29-55.

<sup>3</sup> Sobre la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado sucesorio, *vid.*, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2009). La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria, en M. P. García Rubio (Coord.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Manuel Lete del Río*, Navarra: Civitas, Aranzadi, 17-49; A. BONOMI, A. (2010). Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement européen, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Bilbao, 241-272; BONOMI, A. (2015). Artículo 22. Elección de la ley aplicable, en A. Bonomi / P. Wautelet, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de*

julio de 2012, Navarra: Aranzadi, 254-286; A. BONOMI, A. / BERTHOLET, J. (2005). La professio iuris en droit international privé suisse et comparé, *Mélanges de l'Association des Notaires Vaudois*, Zurich, Schulthess, 355-380; CALVO CARAVACA, A.L. (1995). Artículo 9.8 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo I, vol. II, 2ª ed., Madrid, 356; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Granada: Comares, 129-130; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LVII, Colegio Notarial de Madrid, 292-308; DE CESARI, P. (2001). *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova; DAVÌ, A. (2004). L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne, *Riv dir int priv proc*, 473-498; DÖLLE, H. (1966). Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht, *RabelsZ*, 205-240; DREHER, K. (1999). *Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht - Unter besondere Berücksichtigung des italienischen IPR- Reformgesetzes N. 218 vom 31. Mai 1995*, Frankfurt; FERACI, O. (2013). L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea, *RDI*, n.2, 424-491; FONTANELLAS MORELL, J.-M. (2010). *La professio iuris sucesoria*, Madrid: Marcial Pons; HANISCH, H. (1985). Professio iuris, réserve légale und Pflichtteil, *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 473-489; HEINI, A. (1986). Der Grundsatz der Nachlasseneinheit und das neue internationale Erbrecht der Schweiz, *Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag*, Bern, 187-195; HOTZ, K.P. (1969). *Die Rechtswahl in Erbrecht im intercantonalen und internationalen Verhältnis*, Zürich; JACOBSEN, K. (1983). Die Rechtswahl im interlokalen Erbrecht Deutschlands, *Recht in Ost und West*, 3, 97-107; JAYME, E. (2009). Party Autonomy in International Family and Succession Law, *Yearbook of Private International Law*, vol. 11, 1-10; KÜHNE, G. (1973). *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, Bielefeld; KÜHNE, G. (1973). Testierfreiheit und Rechtswahl im internationalen Erbrecht. Die Parteiautonomie. eine «basic rule» des Kollisionsrechts?, *JuristenZeitung*, 28, 403-407; VON OVERBECK, A.E. (1993). L'irrésistible extensión de l'autonomie en droit international privé, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 619-636; VON OVERBECK, A.E. (1965). La professio iuris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé, *Liber amicorum B.L.Fredericq*, Gent, vol.II, 1085-1112; SIEHR, K. (1987). Das internationale Erbrecht nach dem Gesetz zur Neuregelung des IPR, *IPRax*, 4-8; STURM, F. (1985). Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien und Erbrecht, *Recht und Rechtserkenntnis. Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag*, Berlin, Bonn, München, 637-658.

<sup>4</sup> BONOMI, A. (2010). Successions internationales: conflits de lois et de juridictions, *Hague Recueil*, vol. 350, 241 y sigs.; CASTELLANOS RUIZ, E. (2001). *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada: Comares, 6-8; DAVÌ, A. (2004). L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne, *Riv dir int priv proc*, 481 y sigs.; GORÉ, M. (2012). *La professio iuris*, *Deffrénois*, núm. 15-16, 15-30 de agosto, 763-764.

<sup>5</sup> Aunque de forma minoritaria, se ha criticado la exclusión del reenvío prevista en el artículo 34 del Reglamento sucesorio en los casos en los que existe *professio iuris*; *vid.*, SOLOMON, D. (2012). Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht, en *Liber Amicorum Klaus Schuring*, München, 259 y sigs.; WILKE, F.M. (2012). Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung, *RIW*, 608.

<sup>6</sup> ABADIE, L. (2013). La loi applicable au sein du Règlement, *Droit de la famille*, Octubre, núm. 10, 14; F. BOULANGER, F. (2012). Révolution juridique ou compromise en trompe l'oeil? — À propos du nouveau règlement européen sur les successions internationales, *La semaine juridique*, 15 octobre, 1120-1130; GREESKE, M. (2014). *Die Kollisionsnormen der neuen Erbrechtsverordnung*, Lang: Peter Frankfurt, 98-145.

<sup>7</sup> A favor de la elección de la ley de la residencia habitual en el momento del fallecimiento, *vid.*, LAGARDE, P. (2012). Les principes de base du nouveau règlement européen sur les

successions, *Rev crit droit int privé*, 101 (4), 720; en contra de esta opinión, por considerar inútil dicha elección, *vid* ABADIE, L. (2013). La loi applicable au sein du Règlement, *Droit de la famille*, Octubre, núm. 10, 14-15.

<sup>8</sup> DAVÌ, A. (2004). L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne, *Riv dir int priv proc*, 473-498; DAVÌ, A. (2005). Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni, *Riv dir int*, 297-341; JAYME, E. (2009). Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies, *Yearbook of Private International Law*, vol. 11, 1-10; KINDLER, P. (2010). From Nationality to Habitual Residence: Some Brief Remarks on the Future EU Regulation on International Successions and Wills, en K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, Zurich, 251-258; KINDLER, P. (2011). La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione europea: qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e *professio iuris*, *Riv dir int*, 422-432; VON OVERBECK, A.E. (1965). La *professio iuris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé, *Liber amicorum B.L.Fredericq*, vol. II, Gent, 1085-1112.

<sup>9</sup> A favor de esta postura, *vid.*, DAVÌ, A. (2004). L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne, *Riv dir int priv proc*, 487; DAVÌ, A. / ZANOBETTI, A. (2013). Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5., núm. 2, 53 ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)), en especial nota a pie número 201; DAVÌ, A. / ZANOBETTI, A. (2014). *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Turín: Giappichelli, 81-82, en especial nota a pie número 100. Sin embargo, existe otra orientación doctrinal en virtud de la cual, si la norma de conflicto que atribuye el poder de elegir la ley aplicable omite cualquier pronunciamiento expreso sobre la modificación o revocación de la ley elegida, este problema debe resolverse directamente por la ley elegida anteriormente, que pretende ser modificada o revocada, al ser esa ley la que regula la validez sustancial del acto de elección. *Vid.*, BONOMI, A. (2010). Successions internationales: conflits de lois et de juridictions, *Hague Recueil*, vol. 350, 250 y sigs.

<sup>10</sup> Este problema, se puede plantear, de forma sustancialmente idéntico, en relación a los testamentos conjuntos que contienen disposiciones *mortis causa*, interdependientes, y que son susceptibles de ser asimilados a los pactos sucesorios. Las consideraciones hechas respecto a la revocabilidad de la *professio iuris* incluida en un pacto sucesorio deben entenderse igualmente aplicables a la revocabilidad de la *professio iuris*, incluida en un testamento conjunto. *Vid.*, en este sentido, DAVÌ, A. / ZANOBETTI, A. (2013). Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5., núm. 2, 56, nota a pie número 213 ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)); *Id.*, DAVÌ, A. / ZANOBETTI, A. (2014). *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Turín: Giappichelli, 87, nota a pie número 212.

<sup>11</sup> A favor de esta postura, DAVÌ, A. / ZANOBETTI, A. (2013). Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2, 57 ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)); DAVÌ, A. / ZANOBETTI, A. (2014). *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Turín: Giappichelli, 88. Parece, sin embargo, sostener una opinión diferente, WYSOCKA, A. (2012). How can a valid *professio iuris* be made under the EU Succession Regulation?, *Nederlands int. privaatrecht*, 574, que se adhiere a la posición doctrinal según la cual, la falta en la norma de conflicto que confiere el poder de elección —o en el sistema de derecho internacional privado al que pertenece la norma de conflicto reguladora de la *professio iuris*— de la previsión de los límites de la revocabilidad del acto de ejercicio de aquel poder, deberá interpretarse como una manifestación de la voluntad implícita de someter la determinación de los límites a la misma, a ley elegida.

<sup>12</sup> En contra de esta opinión, puede verse la postura sostenida por uno de los primeros comentaristas del Reglamento sucesorio, WYSOCKA, A. (2012). How can a valid *professio*

*juris* be made under the EU Succession Regulation?, *Nederlands int. privaatrecht*, 573 y sigs., y en desde un punto de vista más general, la postura de BONOMI, A. (2010). Successions internationales: conflits de lois et de juridictions, *Hague Recueil*, vol. 350, 251 y siguientes. Vid., DAVÌ, A. / ZANOBETTI, A. (2013). Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2, 54-55 ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)).

*(Trabajo recibido el 12-12-2017 y aceptado  
para su publicación el 16-1-2018)*

# DERECHO COMPARADO



El Principio de Inscripción  
Constitutiva y Convalidante.  
Una aproximación desde el Derecho  
Registral dominicano y español

*The Principle of Constitutive and  
Convalidating Registration.  
An Approach from Dominican  
and Spanish Registration Law*

por

JORGE BLANCO URZÁIZ  
*Registrador de la Propiedad*

*RESUMEN:* El presente estudio tiene por objeto el destacar la importancia dentro de los Sistemas Registrales, del *Registro de Derechos*, tanto desde la perspectiva del Sistema Registral de la República Dominicana como del español, haciendo una reflexión del mismo desde la órbita del derecho comparado. Se trata de hacer un ejercicio de reflexión, contraponiendo el principio de inscripción constitutiva y convalidante propio del Sistema Torrens dominicano frente a la inscripción en principio no constitutiva y no convalidante de la legislación hipotecaria española. Veremos que aparecerán otros principios registrales como el de rogación, el de inscripción voluntaria y obligatoria, el de legitimación o el de fe pública, todos ellos íntimamente relacionados con el de inscripción constitutiva y el de convalidación. Establecida esta premisa, nos plantearemos distintas



cuestiones y llegaremos a diferentes conclusiones: ¿cabe una aproximación de ambos sistemas, en el entendimiento de que partiendo de bases distintas, los efectos que uno y otro han de producir en el tráfico pudieran no ser tan dispares como en principio pudiera llegarse a pensar?; ¿siendo constitutivo el sistema dominicano es siempre a pesar del dictado legal realmente así?; ¿es siempre convalidante?; ¿y al contrario, no siendo el sistema español convalidante, se acerca al dominicano en cuanto a sus efectos por el juego del principio de la fe pública registral que también reside en el sistema dominicano, junto con el principio de legitimación?; ¿son ambos sistemas Registros de Derechos?; ¿son constitutivos entendiéndolo por ello algo más de lo que tradicionalmente se consideraba por constitutivo?

*ABSTRACT: The aim of this study is to underscore the relevance, within the Registration Systems, of the Registry of Rights, from the perspective of the Registration Systems of both the Dominican Republic and Spain, reflecting on it from a comparative standpoint. The idea behind the paper is to engage in a reflective exercise whereby the principle of constitutive and convalidating registration akin to the Dominican Torrens System will be contrasted with the registration provided for under the Spanish Mortgage Act, which in principle is non-constitutive and non-convalidating. We shall come across other principles throughout the paper: rogatory principle, voluntary and compulsory registration principles, legitimation principle or public faith principle, all of which are closely linked to the constitutive registration principle and the convalidating principle. Against this backdrop, we shall address a series of issues and reach various conclusions: is there room for the alignment of both systems, on the basis that despite their different underpinnings, the effects that both systems have on the course of trade might not be as opposed as one might think at first?; is the Dominican system really a constitutive registration system, as provided for by law?; is it always convalidating?; and vice versa: while the Spanish system is not convalidating, is it nonetheless aligned with the Dominican system as far as its effects are concerned in view of the public faith principle —which also applies in the Dominican system— that applies alongside the legitimation principle?; do both systems operate Registries of Rights?; are they constitutive, understanding by such something more than could traditionally be understood by constitutive?*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. SOPORTE LEGISLATIVO Y PREMISAS.—III. INSCRIPCIÓN VOLUNTARIA *VERSUS* OBLIGATORIA.—IV. DE LA INSCRIPCIÓN VOLUNTARIA A LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA Y CONVALIDANTE *VERSUS* INSCRIPCIÓN NO CONVALIDANTE.—V. EN QUÉ CONSISTE LA FUERZA CONVALIDAN-

TE DEL SISTEMA DOMINICANO. CUÁL ES LA EFICACIA NO CONVALIDANTE DEL SISTEMA ESPAÑOL.—VI. CUÁL ES LA RELACIÓN ESTABLECIDA EN LOS DOS SISTEMAS CON EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN.—VII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

La razón del presente estudio es acercarnos al principio registral de inscripción constitutiva y convalidante contemplado en la legislación registral dominicana, y su comparación con el tratamiento que del mismo realiza el derecho español.

En realidad aunque hablemos de un principio, nos estamos refiriendo a dos realidades distintas, cuales son el principio de inscripción constitutiva y el principio de inscripción convalidante, íntimamente relacionados entre sí y que sin embargo enunciarnos de una forma unitaria, dado que el legislador dominicano se refiere a los mismos de una sola vez, como pilar de su sistema.

Apasionante aproximación, pues existiendo casos de inscripción constitutiva en el derecho registral español (aunque ya veremos que el concepto de inscripción constitutiva tradicionalmente mantenido por la doctrina se supera en un sistema registral de Registro de Derechos), sin embargo dicho sistema aparenta ser de inscripción voluntaria no constitutiva donde a primera vista pareciera que los derechos sobre los inmuebles (salvo determinadas categorías como por ejemplo el derecho de hipoteca) nacieran al margen del registro, estableciendo igualmente la ley española que la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

Partimos de la base de un sistema registral, el *Torrens* dominicano, (*Considerando segundo de la Ley 108-05 del Registro Inmobiliario*) de tipo absoluto, donde los derechos que no estén previamente inscritos no debieran tener existencia jurídica (*title by registration*), y de aquí, que pareciera lógico que se adhiran al asiento registral, los efectos de una inscripción constitutiva y por ende, o mejor dicho a la vez, convalidante. Veremos a lo largo del presente estudio que siendo todo ello correcto en el terreno de los conceptos, sin embargo juega de una forma muy distinta en el plano de la realidad social y jurídica dominicana; parece casi cierto en la primera inscripción de dominio derivada del proceso de saneamiento donde se depura el derecho, pero ni en esta ni en las posteriores transferencias del derecho de propiedad es realmente así.

Como decimos, en el otro extremo del sistema dominicano, se sitúa el sistema registral español; de inscripción voluntaria y solo en principio, no constitutiva y donde el asiento registral es de carácter no convalidante. Incluso en supuestos donde el legislador español parece dejar claro que determinados derechos como el derecho real de garantía de hipoteca son de inscripción registral constituti-

va, sin embargo el propio sistema no admite siquiera que la inscripción tenga eficacia convalidante.

Establecida esta premisa, la idea del presente estudio es la siguiente: ¿cabe plantearse si es posible una aproximación de ambos sistemas, en el entendimiento de que partiendo de bases distintas, los efectos que uno y otro han de producir en el tráfico pudieran no ser tan dispares como en principio pudiera llegarse a pensar?, ¿siendo constitutivo el sistema dominicano es siempre a pesar del dictado legal realmente así?, ¿es siempre convalidante?, ¿y al contrario, no siendo el sistema español convalidante, no se acerca al dominicano en cuanto a sus efectos por el juego del principio de la fe pública registral que también reside en el sistema dominicano, junto con el principio de legitimación?, ¿son ambos sistemas registrales, Registros de Derechos?, ¿se puede decir que ambos sistemas registrales son constitutivos entendiendo por ello algo más de lo que tradicionalmente se consideraba por constitutivo?

## II. SOPORTE LEGISLATIVO Y PREMISAS

El conjunto normativo, tanto del derecho registral dominicano como del español, que nos puede servir de base para el presente estudio, es el siguiente:

RESPECTO AL DERECHO DOMINICANO SEÑALAMOS LAS SIGUIENTES NORMAS:

CONSIDERANDO SEGUNDO de la Ley 108-205 del Registro Inmobiliario de República Dominicana, el cual establece: *Que el Sistema Torrens es la base y pilar de nuestro derecho de registro inmobiliario, y por lo tanto debe reforzarse su aplicación, adecuándolo a la modernidad de los tiempos actuales.*

— ARTÍCULO 90 DE LA LEY 108. EFECTOS DEL REGISTRO: *El registro es constitutivo y convalidante del derecho, carga o gravamen registrado. El contenido de los registros se presume exacto y esta presunción no admite prueba en contrario, salvo lo previsto por el recurso de revisión por causa de error material y por causa de fraude.*

— PÁRRAFO III DEL ARTÍCULO 86 DE LA CITADA LEY: *«No se reputará tercero adquirente de buena fe a toda persona que adquiriera un inmueble durante el plazo previsto para interponer el recurso de revisión por causa de fraude».*

— PÁRRAFO I DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY: *«Ninguna rectificación puede afectar a terceros de buena fe que se hubiesen basado en los asientos del registro inexacto para su operación».*

— ARTÍCULO 20 DE LA LEY 108, establece: *Que el proceso de saneamiento, proceso de orden público por el que se determina e individualiza*

*el terreno, se depuran los derechos que recaen sobre él y estos quedan registrados por primera vez, puede iniciarse por el Estado dominicano y por toda persona física o moral que reclame o posea un derecho sobre un inmueble no registrado.*

— ARTÍCULO 97 DE LA LEY, en cuanto establece: *Que las inscripciones y anotaciones se producen a pedimento expreso de parte interesada.*

— ROGACIÓN: ARTÍCULO 29 DEL REGLAMENTO GENERAL DEL REGISTRO DE TÍTULOS 12 DE JULIO DE 2007 NÚMERO 1737: *Los derechos reales, cargas, gravámenes y medidas provisionales sobre inmuebles registrados se inscriben, anotan o cancelan a solicitud expresa de parte interesada o por disposición de juez o Tribunal competente.*

RESPECTO AL DERECHO ESPAÑOL SEÑALAMOS LAS SIGUIENTES NORMAS:

EL ARTÍCULO 33 DE LA LEY HIPOTECARIA ESPAÑOLA, establece: *Que la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos conforme a las leyes.*

ARTÍCULO 6: LA INSCRIPCIÓN DE LOS TÍTULOS EN EL REGISTRO PODRÁ PEDIRSE INDISTINTAMENTE:

- a) Por el que adquiera el derecho.
- b) Por el que lo transmita.
- c) Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.
- d) Por quien tenga la representación de cualquiera de ellos.

ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA ESPAÑOLA: *«El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que se haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro».*

Como vemos de los preceptos anteriores podemos establecer distintas *Premisas*, y es que estamos ante la existencia de diversos principios registrales, el principio de *inscripción voluntaria* como contrapuesto al del *inscripción obligatoria*, el principio de *inscripción no constitutiva* frente al de *inscripción constitutiva*, y el principio de *no convalidación* frente al de *convalidación* de los actos y contratos que sean nulos conforme a las leyes. Navegando por encima de ellos el principio de la fe pública registral, que aparece en ambas legislaciones, si bien en la dominicana no con la rotundidad que lo hace el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española pero sí insito en los preceptos anteriores, junto con el principio de legitimación o exactitud, de forma que el derecho existe y pertenece a su titular en la forma determinada en el asiento, *iuris et de iure* en el caso dominicano, *iuris tantum* en el español.

Quisiera advertir de un problema, cual es el de no caer en el error de establecer catalogaciones apriorísticas de los sistemas registrales en base a los principios que le sirven de base. En primer lugar, porque lo que se entiende por inscripción constitutiva en la doctrina tradicional no tiene el mismo significado en las corrientes registrales modernas. Y en segundo lugar, que no por el hecho de que un sistema registral sea de inscripción voluntaria, el sistema se convierte en un sistema de inscripción no constitutiva y a su vez no convalidante. El sistema dominicano es claro ejemplo de ello, pues siendo de inscripción voluntaria, en el sentido de rogada (pues ya veremos que la doctrina registral dominica asentada sobre su carácter constitutivo la considera obligatoria, tema que trataremos más extensamente) esta a su vez es constitutiva y convalidante. De la misma manera, puede que el sistema sea de inscripción voluntaria, que en determinados casos sea de inscripción constitutiva entendida esta a la manera tradicional y que a veces sus efectos se lleguen a convertirse en convalidantes por efectos del juego de la fe pública registral. Y desde otro lado, un sistema de inscripción obligatoria, no lo convierte de inscripción constitutiva y a la vez convalidante. Puede que la inscripción sea constitutiva, no ser obligatoria y ser o no convalidante. Y todo ello además aderezado con una concepción moderna de los sistemas registrales que igual no se identifica con la concepción que de los mismos se produjo en la segunda mitad del siglo XIX y primera mitad del XX.

En definitiva, un juego de principios registrales, de diferentes combinaciones, distinta para cada sistema registral, respecto a los cuales si no se conoce bien su esencia y funcionamiento, difícilmente se puede llegar a ser consciente de cuales sean sus efectos. Combinaciones de principios registrales que en muchos casos son fruto de una realidad adaptativa a las distintas situaciones económicas, sociales y políticas de un determinado país.

La cábala anterior, aun contando con ecos humorísticos, lo cierto es que se sucede día tras día en el estudio doctrinal de los sistemas registrales iberoamericanos. Basta con acudir a cualquier Congreso, Seminario, Estudio doctrinal o Conferencia sobre uno o varios sistemas registrales, donde lo primero a señalar es que tal o cual sistema tiene unos principios frente a otros que no los tiene. Es cierto como señala Jerónimo GONZÁLEZ que un sistema registral se define por el conjunto de los principios fundamentales que le son inherentes y de las características de su organización<sup>1</sup>. Pero quizás hoy en día lo más importante no es saber si un sistema está dotado de unos determinados principios, lo que adelanto es imprescindible y por supuesto necesario para cualquier aporte doctrinal, sino dos cosas más sutiles, cuales son el saber realmente si el sistema en su conjunto protege de forma adecuada los principios que reclama, y en segundo lugar si dichos principios son útiles y eficientes para la protección del tráfico jurídico inmobiliario al que están llamados y la sociedad en la que están insertos.

Antes que nada hay que destacar, que a pesar de lo absoluto del sistema dominicano, sin embargo juega respecto al mismo el *principio de rogación*,

siendo al igual que el español de inscripción rogada; principio de inscripción rogada que en el caso español se trasluce en el principio de inscripción voluntaria, y en el dominicano por mor de su carácter constitutivo pareciera que en obligatoria, cuando no es realmente así, cuestión esta como digo a la que me referiré más adelante.

Estamos en un punto de la evolución de los sistemas registrales, que los principios que le son inherentes, están siendo sometidos a nuevos debates e interpretaciones doctrinales sobre su esencia y efectos, así como el intento de determinar si los mismos o algunos de ellos son o no beneficiosos para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y las necesidades que el sistema registral está llamado a proteger.

Es necesario igualmente señalar como veremos, que a veces las denominaciones tradicionales que se han dado a los principios registrales, como por ejemplo el de inscripción constitutiva, han sido superadas en el debate doctrinal, apareciendo nuevos principios y nuevas clasificaciones en los sistemas registrales. ¿A qué me estoy refiriendo con dicha idea? Para la doctrina tradicional registral española, y posteriormente para la iberoamericana, se sostenía desde la perspectiva conceptual del Código Civil español que los derechos nacían fuera del registro y que por ella la inscripción no podía ser constitutiva del derecho sino declarativa, tanto por cuanto el derecho había nacido con anterioridad a su inscripción<sup>2</sup>; de ahí que se hiciera una clasificación absoluta de los sistemas registrales en constitutivos y no constitutivos. Así nos lo enseñaron y así lo aprendimos los que nos dedicamos a trabajar en el campo registral, sin duda por la gran influencia que la obra de ROCA SASTRE, había producido en esta materia. Consideraba ROCA SASTRE en su obra sobre *Derecho Hipotecario* del año 1954 que había que distinguir entre las inscripciones constitutivas y las declarativas, considerando constitutiva la inscripción cuando la misma era requisito *sine qua non*, para que la transmisión del dominio sobre bienes inmuebles o la constitución o transmisión de un derecho real se produzca<sup>3</sup>. Sin embargo dicha clasificación académica ha producido un encorsetamiento de determinados sistemas registrales, que además de no corresponder con la realidad, no los dota de flexibilidad por el legislador y determina ciertos límites nunca bien entendidos por la jurisprudencia emanada de jueces y tribunales.

A veces por el hecho de clasificar a un determinado sistema registral, se ha establecido un conjunto normativo elaborado por el legislador y una jurisprudencia dictada por la magistratura, que difícilmente se acompasa con la esencia del sistema y las necesidades del tráfico jurídico a que está llamado a proteger. Seguramente lo importante no es responder de forma adecuada a la pregunta de qué principio registral se contiene en un determinado sistema registral, sino saber qué tipo de sistema es el que realmente se quiere y en función de ello establecer los principios que le sirven de base; es necesario saber a dónde dirigir la seguridad jurídica inmobiliaria, si a un sistema registral de derechos, o un

sistema registral de mera publicidad por ejemplo, o ser un sistema meramente declarativo o un sistema con una fuerte calificación que proteja la legalidad de los derechos. Un Registro de derechos o un Registro de documentos. Todo ello advirtiendo sin duda, que las necesidades de cada sistema legislativo puedan ser en cada caso distintas y que por ello no descalifica que un determinado sistema opte por unos principios u otros siempre que los mismos resulten eficientes para su tráfico jurídico.

Es cierto hay que decirlo que en el momento actual en que nos encontramos, todos los sistemas registrales están haciendo abstracción de las relaciones causales y contratos que determinan el origen de los derechos, para volver a reivindicar el concepto de Registro como Institución, en cuanto articulación del poder del Estado para la protección de los derechos inmobiliarios, donde el asiento registral goza de una mayor abstracción de la causa que le sirve de origen, dotado de unos fuertes principios.

¿De qué nos serviría un sistema como el dominicano que proclama el carácter constitutivo del derecho como consecuencia de la inscripción registral, si luego el mismo no fuera capaz de proteger adecuadamente los derechos una vez inscritos, y de ser un actor que juegue un papel útil a las necesidades del tráfico jurídico y la inversión? ¿Qué otorga un sistema de inscripción voluntaria no constitutiva en principio como es el español, si el propio sistema fuera incapaz de otorgar un plus de calidad a la propiedad inscrita respecto a la que no lo está? ¿De qué vale un sistema con fuertes principios si luego la realidad social del tráfico jurídico no está en correspondencia con los mismos?

Como señala Fernando MARTÍNEZ<sup>4</sup>, el derecho o la titularidad inmobiliaria, como algo diversificado del acto de autonomía privada que puede causalizarlo, es lo que constituye el objeto del Registro de derechos o titularidades. Cita este autor a MÉNDEZ GONZÁLEZ, el cual señala a su vez que el Registro de la Propiedad en su versión más desarrollada de Registro de derechos o de tráfico, es la institución que se ha ido construyendo lentamente para conseguir el objetivo de facilitar el tráfico sobre los bienes inmuebles, simplificar el procedimiento de adquisición, reduciendo trámites y costes, de manera que resulte rentable la explotación de bienes inmuebles mediante derechos reales cuya titularidad quede protegida, lo cual permite el uso especializado de los mismos y por tanto tener una mayor productividad. Señala GARCÍA GARCÍA que no se puede hablar de una mera inscripción declarativa, cuando la propia legislación atribuye fuertes efectos a la misma. Y es quizás en este punto donde el sistema registral dominicano y el español se identifican en mayor medida, pues a ambos les interesa un asiento registral, dotado de fuertes principios, y constitutivo de una titularidad real inmobiliaria plenamente eficaz.

Es por ello que en el presente estudio, no tengo la idea de establecer axiomas absolutos sobre si un sistema registral cuenta o no con unos determinados principios, sino en explorar dos sistemas, el dominicano y el español, que pare-

ciendo no ser coincidentes en cuanto a muchos de sus principios, sí que viven diferentes experiencias que puedan ser de utilidad para el debate doctrinal en uno y otro país, con el ánimo de ayudar a perfeccionar los sistemas y convertirlos cada día más útil para la protección de los derechos a los que están llamados.

### III. INSCRIPCIÓN VOLUNTARIA *VERSUS* OBLIGATORIA

Señalábamos anteriormente, que el inicio de esta exposición vendría determinado por la explicación de un paso previo cual es el concepto de inscripción voluntaria *versus* el de inscripción obligatoria, siendo este pues nuestro punto de partida.

Es curioso que tanto en el sistema dominicano como en el español, la inscripción registral es *rogada*, a petición de parte, voluntaria, lo que hace necesario plantearse porqué entonces se habla de inscripción obligatoria en el sistema dominicano. Yo creo que hay cierta confusión en definir en qué consiste el carácter constitutivo, el carácter voluntario y el obligatorio, confusión que trataremos de aclarar.

El sistema dominicano es de inscripción voluntaria, rogada, pero obligatoria para que el derecho real nazca con las características que la legislación dominicana desea para considerarlos dignos de protección. Y digo bien voluntaria y no obligatoria, a pesar de que en los sistemas constitutivos se diga que la inscripción es obligatoria. Aferrados al carácter constitutivo del sistema se dice por muchos que la inscripción es obligatoria. Efectivamente el artículo 97 de la Ley dominicana señala que las inscripciones y anotaciones se producen a pedimento de parte interesada, al igual que lo dispone el artículo 6 de la Ley Hipotecaria española. En el caso español y dominicano los derechos nacen *inter partes* dado su sistema de adquisición civilista fuera del registro, pero lo que los constituye en verdaderas titularidades reales, dotadas de los principios de legitimación-exactitud y de fe pública registral, es la inscripción del título en el registro, siendo en ambos casos constitutivos de las mismas. Es muy curioso en este sentido la aportación del Doctor Wilson GÓMEZ, cuando tras señalar el carácter de inscripción rogada en el citado artículo 97 de la Ley nos dice: «*en el sistema registral dominicano la inscripción es obligatoria, si no se hace no se constituye el derecho. Por lo tanto, la persona no se beneficia de la protección y la garantía que la ley reserva al que inscribe válida y oportunamente*»<sup>5</sup>.

Todo lo que vamos a explicar, pudiera tener una importante excepción en el Sistema Torrens dominicano, cuando se refiere al proceso de saneamiento (denominación equivalente al de inmatriculación en el derecho español), pero sin embargo veremos que no es así. El Sistema Torrens parte de la ficción de que el propietario originario de todos los terrenos es el Estado, y a partir de él surgen el resto de las titularidades derivativas. (*Principio III de la Ley*). Hay



sectores doctrinales incluso que aferrados al carácter constitutivo de la inscripción afirman que en cada transferencia del derecho de dominio, la propiedad vuelve al Estado quien la vuelve a conceder al nuevo adquirente, lo que no pasa de una mera ficción que claramente se ve superada por la realidad jurídica en cuanto a los modos de adquirir el dominio y el principio de tracto sucesivo recogido en la legislación registral y civil dominicana. Es por ello que en la primera inscripción de dominio derivada del procedimiento de saneamiento, los efectos constitutivos de la misma parecieran producir que el derecho sí que surja derivado de ese procedimiento que finaliza con la registración en el Registro de Títulos y que por lo tanto en este primer momento sí que sea netamente constitutivo el sistema registral, aunque la realidad de la vida social demuestre otra cosa, pues sabido es que la propiedad no inscrita como realidad social existe en la República Dominicana, (baste recordar los registros de predios no inscritos). Lo cierto es que la propia Ley de la Jurisdicción Inmobiliaria tampoco es clara en este punto, pues el propio artículo 20 de la misma referida al proceso de saneamiento, habla de que es un proceso de orden público en el que se depuran los derechos (de forma que los derechos ya la propia ley reconoce que existen al margen del registro en un momento anterior) y estos quedan registrados por primera vez.

Lo que me interesa señalar en este punto, es que tanto el sistema dominicano como el español, responden a un sistema de Registros de Derechos, donde los mismos nacen fuera del registro, siendo por ello la inscripción voluntaria o rogada; pero que en ambos casos para producir los efectos que el Estado desea desplegar en la protección de las titulares reales inmobiliarias siendo verdaderamente constitutivas de las mismas, es obligatoria la inscripción en el Registro. Es cierto que el sistema dominicano en cuanto Sistema Torrens pudiera acercarse al sistema del BGB alemán de carácter constitutivo y de inscripción obligatoria para que el derecho nazca *inter partes* no solo respecto a terceros, pero ello solo es nominativamente y no real, ya que es igualmente cierto que se aleja del mismo dado los principios civiles del derecho dominicano para la adquisición de los mismos; en el derecho dominicano al igual que en el español los derechos nacen fueran del Registro, pero para que el derecho adquiera las características de una titularidad real plenamente protegida es obligatorio en ambos casos la inscripción en el Registro de la Propiedad. Lo que nos quiere decir el profesor Wilson GÓMEZ no es que el derecho no pueda existir fuera del registro, sino que para que el derecho exista tal y como quiere el Registro que exista y por ende para el Estado, a los efectos de desplegar toda la protección inherente al sistema registral, es que el derecho ha de estar obligatoriamente inscrito a tales fines. Recuerda esta visión a la de Jerónimo GONZÁLEZ, que cuando hablaba de los principios registrales y refiriéndose al de inscripción, distingue varias clases de propiedades: la propiedad contractual basada en el acuerdo de las partes, la natural referida a la posesión o *ius possidendi*, la meramente formal que

faculta para enajenar o gravar, y la *propiedad perfecta* por su fondo y registro y que precisa de la inscripción en los libros del Registro<sup>6</sup>.

De la misma manera HEPBURN refiriéndose al sistema australiano, señala que «la Inscripción en el *Torrens system*, no es obligatoria (*mandatory*). Sin embargo los títulos que no se registren no tendrán las ventajas que se derivan de la Inscripción»<sup>7</sup>.

Ambos sistemas se desarrollan desde el mismo punto inicial, inscripción rogada, pero luego parece que se distancian radicalmente en el desarrollo de sus principios. Sin embargo sabiendo el porqué determinados sistemas registrales gozan de un principio de inscripción voluntaria *versus* el de inscripción obligatoria, y entendiendo cual es el objetivo que se trata de perseguir con la inscripción voluntaria, veremos que al final tanto el sistema registral dominicano como el español persiguen el mismo fin; y que si bien es cierto que muchos principios pueden ser radicalmente distintos, al final el viaje habrá merecido la pena, si el destino que se consigue es igualmente útil para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

¿En qué consiste el principio registral de inscripción voluntaria? Como señala la propia expresión, el principio de inscripción voluntaria significa que queda a voluntad de la parte interesada en un determinado negocio jurídico con trascendencia real inmobiliaria, el solicitar la inscripción o no de los actos por virtud de los cuales se adquiera, transmita, modifique o extinga el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Dicha inscripción voluntaria, ha cristalizado en la doctrina registral en el llamado *principio de rogación* (art. 97 de la Ley dominicana, 20 del Reglamento General del Registro de Títulos dominicano y art. 6 de la Ley Hipotecaria española).

Dicho principio de rogación, juega en dos momentos distintos, uno anterior a la inscripción, cual es la propia voluntad del interesado en solicitar o no dicha inscripción, y el otro posterior, una vez pedida la inscripción y que vincula al registrador, en el sentido de que una vez solicitado la calificación y despacho de la documentación, no puede de oficio el registrador realizar la inscripción de una forma diferente a la solicitada.

Nos interesa el entrar a examinar el momento anterior, es decir el momento en el que el interesado valora si decide o no solicitar la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad; saber cuáles son las motivaciones que le pueden llevar a ello y si esas motivaciones derivan de los beneficios que el propio sistema registral le aporta, haciendo más deseable y seguro el contar con un derecho real inmobiliario inscrito, que el hecho de no tenerlo. Si el hecho de la inscripción en el Registro no aporta nada nuevo al derecho adquirido en el sentido de seguridad, poca motivación habrá en el interesado en solicitar la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad. Solo los sistemas registrales que aportan un plus de calidad a los derechos inscritos sobre los que no lo están, aportan una mayor motivación a los interesados para que estos de forma

voluntaria acudan a la Institución del Registro de la Propiedad. Solo si el sistema está amparado por unos principios registrales fuertes, eficientes en la defensa y seguridad del derecho de propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, los operadores jurídicos estarán tanto o más motivados en solicitar voluntariamente la inscripción de sus derechos en el Registro de la Propiedad.

Y esto es lo que parece ocurrir en los dos sistemas registrales que ahora analizamos. Tanto el sistema dominicano como el español, otorgan un plus de calidad a la propiedad inscrita respecto a la que no lo está, el uno con su inscripción constitutiva y convalidante, desarrollo del principio de fe pública y de legitimación-exactitud y el otro con su principio de fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria e igualmente principio de legitimación-exactitud. Principios todos ellos que en aras de la seguridad jurídica, hacen deseable para los ciudadanos y operadores jurídicos de ambos Estados, el solicitar voluntariamente la inscripción de sus derechos en el Registro.

Dicho esto, surgen muchos interrogantes: ¿Cuál es el origen de la inscripción voluntaria?, ¿porqué hay sistemas de inscripción voluntaria y sistemas de inscripción obligatoria?, ¿qué significa realmente inscripción obligatoria?, ¿si lo que queremos es la seguridad jurídica, no habría que decir que todas las inscripciones fueran obligatorias?, ¿no sería ello un gran error?, ¿y si la inscripción fuese obligatoria habría que explicar porqué, y seguramente habría que dar un valor constitutivo a la inscripción?, ¿y sin embargo encontramos el sistema dominicano, como de inscripción constitutiva, obligatoria, pero rogada o voluntaria?

De todas las preguntas anteriores me interesa afirmar ahora una idea que vamos repitiendo. En el sistema español como en el dominicano, cuando hablamos de inscripción obligatoria, a diferencia del BGB alemán, lo hacemos sobre la siguiente premisa: En ambos sistemas dado que la inscripción es rogada, la inscripción es dejada a la voluntad de los interesados puesto que el derecho nace realmente un momento anterior, pero sin embargo para constituir el derecho con las características que el Estado dispone para su protección sí que es obligatoria la inscripción.

La génesis histórica de la publicidad inmobiliaria viene asociada fundamentalmente, en el caso español, entre otras, a razones evidentemente fiscales. Fueron las urgencias fiscales de la Hacienda española las que determinaron el nacimiento de una incipiente publicidad inmobiliaria en el intento de aumentar la recaudación impositiva. Se conocían los inmuebles, y por ende sus titulares, lo que hacía más fácil determinar los sujetos pasivos de los impuestos a recaudar. Desde los primitivos estadios de la publicidad inmobiliaria, se asoció la misma a un mayor aumento de la carga impositiva sobre los bienes inmuebles, y de ahí las iniciales oposiciones a la misma por parte de la ciudadanía que no procedía a dar publicidad a sus bienes en el intento de pagar menos impuestos. Para evitar esta oposición en el momento en que se aborda la reforma hipote-

caria en el siglo XIX, es cuando se pone de relieve la necesidad de separar y deslindar la Institución Civil del Registro de la Institución Fiscal del Cobro. Esta separación permitirá implantar el carácter voluntario de las inscripciones en el sistema registral español, de manera que quien acudiera al Registro lo haga por los beneficios que va obtener con la publicidad inmobiliaria, y no porque se haya establecido el carácter obligatorio de la inscripción para que de esta manera pueda el Estado obtener ciertos ingresos por el cobro de determinados impuestos que gravan la propiedad inmobiliaria<sup>8</sup>.

Si nos remontamos a la génesis de la legislación registral, en la exposición de la Comisión de Códigos sobre los motivos y fundamentos de la Ley Hipotecaria española de 8 de febrero de 1861 se decía: «*Sin negar que los Registros de la Propiedad y de las Hipotecas pueden y deben venir al auxilio de la Administración... esto debe entenderse sin desnaturalizar los registros... dar intervención directa en los Registros a la Administración conduce irremediablemente a desconocer su carácter civil y a sacrificar lo principal a lo accesorio*».

Como vemos, la génesis de la inscripción voluntaria vino realmente asociada a la necesidad de motivar en los ciudadanos, la necesidad de inscribir sus bienes en el Registro de la Propiedad por los beneficios de protección que dicha Institución expandía sobre la propiedad, otorgando como señalamos reiteradamente un plus de cualificación de la propiedad inscrita respecto a la que no lo está, convirtiéndola en una propiedad más segura, más fácil de introducir en el mercado y por lo tanto capaz de producir un aumento del crédito territorial. O dicho de otra manera, como señala el Considerando séptimo de la Ley 108 dominicana, para hacer posible que la institución y las organizaciones que la componen puedan responder apropiadamente a los esfuerzos del desarrollo económico y social del país.

El sistema registral dominicano compartió en sus orígenes, dada la impronta del Derecho español trasladada a los territorios de ultramar en el Derecho de Indias, dichas urgencias fiscales; pero en cambio no fueron las mismas las que determinaron el derecho registral dominicano como Sistema Torrens y como lo conocemos hoy en día, sino el intento de poner fin al desastre de los terrenos comuneros, proteger las inversiones americanas en los ingenios de azúcar, añadida a la razón de otorgar a los propietarios, con la garantía del Estado, de un derecho imprescriptible tal y como reconoce el Principio IV de la Ley actual dominicana<sup>9</sup>.

Ambos sistemas son concededores de las distintas formas civiles de adquisición del dominio y demás derechos reales, del hecho de que las mismas se producen al margen del Registro, por lo que difícilmente ambos sistemas hubieran podido optar por la inscripción obligatoria. Ambos sistemas optan por una titularidad real cualificada, constitutiva y convalidante en un caso y protegida por la fe pública del registro en ambos, para la que sí que se hace preciso la inscripción obligatoria. De hacerlo de otra manera hubiera supuesto

un fraude a su sistema de adquisición de los derechos, salvo que se hubiera planteado reformar de raíz el sistema civilista de adquisición, lo que no es el caso en ninguno de los dos sistemas.

De esta forma se llega a la conclusión que al Estado le interesa una propiedad privada inmobiliaria fuertemente protegida capaz de fomentar el crédito territorial, y de aquí que sea esta la razón por la que todos los sistemas registrales asocian a sus asientos fuertes principios que le son inherentes, como el de legitimación, el de fe pública del artículo 34 de la Ley Hipotecaria española y en diversos preceptos de la legislación dominicana, o el de inscripción constitutiva y convalidante del derecho dominicano. Pero tanto el sistema español, en el dominicano y en el propio australiano, la inscripción es voluntaria, rogada, pero obligatoria para producir los efectos que el sistema registral le quiere otorgar al derecho.

Lo que hemos intentado superar con lo dicho anteriormente, es la clásica distinción tradicional entre sistemas registrales de inscripción voluntaria frente a los sistemas registrales de inscripción obligatoria. Realmente a la manera tradicional y fruto del BGB del Derecho alemán, en dicho derecho la inscripción será netamente constitutiva de derecho *inter partes* y frente a tercero y por ello la misma deviene en obligatoria, pues aquí jugaría netamente el principio de que sin inscripción no hay realmente derecho (no procede el estudio en profundidad de las consecuencias establecidas en el BGB alemán, pero incluso en el mismo, ciertos efectos se producen con anterioridad a la inscripción); pero en República Dominicana y en España, donde los derechos nacen al margen del Registro el concepto de obligatoriedad toma una vertiente distinta, tanto por cuanto la Inscripción es voluntaria, pero obligatoria para producir los efectos que el propio sistema registral basado en sus principios desea.

#### IV. DE LA INSCRIPCIÓN VOLUNTARIA A LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA Y CONVALIDANTE *VERSUS* INSCRIPCIÓN NO CONVALIDANTE

Estamos pues ante dos sistemas registrales, el dominicano y el español, que parten de un principio de inscripción voluntaria con la ratio de otorgar un plus de calidad a la propiedad inscrita respecto a la que no lo está, estimulando a los operadores jurídicos para promover la inscripción de los derechos en los Registros, por los altos beneficios que de ello se ha de derivar.

Una vez que hemos analizado la razón de ser de la inscripción voluntaria en ambos sistemas registrales, sin embargo el sistema registral dominicano otorga diversos efectos a la propiedad inscrita, en apariencia distintos de como lo considera el sistema español, pero como decimos en apariencia, porque al final la realidad de las cosas no es tan dispar. La diferencia, radica, en que

la Ley Registral dominicana reconoce expresamente el carácter constitutivo y convalidante de la inscripción, lo que no hace el Derecho español. Es necesario plantear y aclarar antes que *inter partes* ninguno de los dos sistemas hacen nacer el derecho con ocasión de la inscripción, pero que respecto a terceros ambos sistemas tienen una eficacia convalidante amparada en el principio de fe pública registral.

Reconocido el carácter constitutivo de la inscripción, el derecho dominicano desarrolla en base a la misma una serie de consecuencias o principios:

- a) Su carácter convalidante, artículo 90 de la Ley dominicana.
- b) El *Principio II* de la Ley 108, recoge entre los principios del sistema registral dominicano el principio de publicidad el cual enuncia diciendo que establece *la presunción de exactitud del Registro dotando de fe pública su constancia*, y respecto a la que no cabe prueba en contrario, según el mismo artículo 90 antes citado.
- c) El *Principio IV* de la Ley establece que todo *derecho registrado de conformidad con la presente Ley es imprescriptible y goza de la protección y garantía absoluta del Estado*.
- d) El desarrollo del principio de fe pública registral en determinados preceptos, en cuanto protección del tercer adquirente a título oneroso y de buena fe.

#### ¿EN QUÉ CONSISTE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA?

Si acabamos de superar la tradicional distinción entre Sistema Registrales de inscripción voluntaria y de inscripción obligatoria, trataremos ahora de superar la clásica distinción entre los Sistemas Registrales Declarativos donde se dice que los derechos nacen al margen del registro, respecto a los Sistemas Constitutivos, definidos estos como aquellos por virtud los cuales los derechos reales inmobiliarios nacen, se modifican y extinguen en virtud de la Inscripción. Delimitar ambos conceptos y a la vez superarlos no es tarea fácil en la doctrina registral.

Sobre el concepto real de inscripción constitutiva ha existido una larga confusión a lo largo de la doctrina registral. Definir la inscripción constitutiva como aquella por virtud de la cual se constituye el derecho en virtud de la inscripción en el Registro es algo totalmente alejado de la realidad jurídica y fáctica en el caso español y dominicano. Si preguntáramos a cualquier operador jurídico de ambos sistemas, qué valor tiene el contrato en ambos derechos respecto al dominio y demás derechos reales, todos contestarían lo mismo, esto es, la forma de adquirir el dominio y derecho real, generando una serie de obligaciones entre las partes (la entrega de la cosa y el pago del precio). Lo puede ser en el BGB alemán pero no en los sistemas que ahora estudiamos, y ni siquiera lo

llega a ser en el paradigma y origen de los sistemas Torrens esto es el austriaco. Señala Luis Javier ARRIETA SEVILLA que «la mera posibilidad de que existan derechos inmobiliarios no inscritos es suficiente para refutar o al menos restringir, el dogma de la Inscripción Constitutiva y para trasladar los problemas que puedan surgir al ámbito de la prioridad y la eficacia inter tercios de estos derechos»<sup>10</sup>. Los derechos se adquieren, modifican, transmiten y extinguen por la voluntad de las partes, y de aquí que tanto el derecho civil español como el dominicano establezcan contractualmente las diferentes maneras de adquirir el derecho de propiedad. Por el mero consentimiento heredado en el Código Civil dominicano, por influencia del Derecho francés, o por la doctrina del título y el modo en el español. Si eso no fuera así, difícilmente ambos sistemas pudieran basarse en un principio de inscripción voluntaria. El derecho nace contractualmente por el acuerdo de las partes antes de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Y no en vano cuando el derecho dominicano señala quien puede solicitar la inscripción de los derechos reales, está admitiendo cuando menos que la adquisición del derecho se produce ex ante de su inscripción en el registro, pero que su verdadera configuración nacerá fruto de la misma.

Lo que es común a ambos sistemas, es que con la inscripción en el Registro de la Propiedad los derechos sobre los bienes inmuebles, adquieren su plena configuración como derechos reales, comportando como señala Fernando MARTÍNEZ una situación de poder del sujeto respecto al objeto de carácter exclusivo y excluyente. El derecho real tiene una eficacia *erga omnes* frente todo el mundo, lo que en su protección constitucional (el derecho a la propiedad privada es reconocido constitucionalmente), supone como dice el autor, que toda esta materia se convierta en una cuestión de orden público, donde la finalidad esencial del Registro, como instrumento estatal de intervención en el tráfico inmobiliario, es la de *constituir titularidades reales*, que sirvan de referente objetivamente fiable en el mercado inmobiliario. Como señala igualmente Fernando MÉNDEZ, ya no se trata de publicar contratos para poder utilizar los documentos en los que se formalice como prueba ante los tribunales —a cambio del pago de impuestos— sino de generar titularidades seguras respaldadas por el Estado, a cuya finalidad responde la institución del Registro de la Propiedad.

Visto lo anterior, no se debe nunca definir en el sistema español y dominicano que un sistema es de inscripción constitutiva cuando el derecho nace en virtud de la inscripción en el Registro, para afirmar que el español no lo es y el dominicano sí, sino que la inscripción es constitutiva, tanto por cuanto el derecho sobre el inmueble configurado inicialmente de forma contractual por la partes, adquiere su pleno desarrollo como derecho real en virtud de la inscripción que del mismo se hace en el Registro de la Propiedad, otorgándole por el Estado, en cuanto marco de nuestra relación de convivencia, una eficacia *erga omnes*, a través de los principios de legitimación y de fe pública registral. El derecho se presume que existe y pertenece frente a todos (derecho real) en la

forma determinada el asiento, principio de legitimación reconocido en ambas legislaciones, y que enlaza con la presunción de exactitud. Y por otro lado la fe pública, la titularidad del adquirente a título oneroso y de buena fe de persona que tiene inscrito su derecho, deviene inatacable por los vicios que puedan afectar al mismo. En ese sentido ambos sistemas son constitutivos.

Evidentemente habrá derechos reales de garantía como la hipoteca en los que como en el caso español, el carácter constitutivo es evidente, pero lo es en el sentido tradicional. Establece el artículo 1875 de Código Civil, que para que la hipoteca quede válidamente constituida es necesario que el documento en la que se constituya se inscriba en el Registro de la Propiedad. Pero nada me atrevería a asegurar que más diferente del resto de las titularidades reales. En el derecho español, la hipoteca como derecho real inmaterial de garantía, es lo que el Estado quiere que sea, plasmado en su inscripción registral. Es un derecho de ejecución que solo despliega sus efectos en los términos establecidos en el Registro, y de aquí que haya sido siempre muy fácil atribuir el carácter constitutivo a la inscripción de hipoteca frente al resto del dominio y demás derechos reales. De hecho el citado artículo habla de una previa constitución en documento, y un requisito ulterior de válida constitución cual es la inscripción en el Registro. Es más, Jerónimo GONZÁLEZ señala cuales son las dudas que supone la interpretación de este precepto que distingue entre el nacimiento del derecho real (válidamente constituida) y el documento en el que se constituya (formalización del título inscribible)<sup>11</sup>. Pero en la coherencia de lo que estamos exponiendo en el presente caso, en el resto de los derechos reales la inscripción es constitutiva igualmente si es que se quiere que se constituya con las prescripciones establecidas en la ley para gozar de los efectos del principio de legitimación y el de fe pública.

Queda por lo tanto claro que tanto el sistema registral dominicano, como el español, están bajo la órbita de los registros de derechos, y que por ende tienen carácter constitutivo de las titularidades inmobiliarias, haciendo en este punto cierta abstracción del origen convencional de las mismas.

Es por ello que cuando en un sistema como el dominicano se dice que es constitutivo, hay que plantearse un revisionismo de dicho concepto. Efectivamente es constitutivo y así lo proclama la Ley en su artículo 90, pero no a la manera tradicional de que para la constitución, modificación y extinción del derecho sea preciso la inscripción en el Registro, como pretenden los defensores de la inscripción constitutiva a ultranza en dicho derecho, que ya sabemos que no se produce, sino de una forma más desarrollada en la doctrina registral moderna en cuanto a la configuración de una titularidad real dotada de fuertes efectos fruto de la inscripción en el registro.

Los sistemas registrales de Registros de Derechos pueden ser de inscripción abstracta o de inscripción causal. De *inscripción abstracta* es el BGB alemán, en el que efectivamente, como señala Fernando MARTÍNEZ, citando a HE-



DEMANN, su finalidad primaria es constituir titularidades inmobiliarias como en todo registro de derechos, pero en régimen de monopolio de forma que no pueden nacer al margen del Registro. La inscripción, aquí sí es constitutiva del derecho real en las adquisiciones negociables, de forma que la adquisición del derecho no opera sino en virtud de la inscripción, sin ella no existe ni *inter partes* ni frente a terceros, por lo que fuera del Registro no hay derecho real de especie alguna, lo que justifica la innecesariedad de imponer la inscripción como obligatoria, pues señala el autor que quien quiera un derecho debe inscribir. Surgen en el derecho alemán la diferencia pues entre el contrato, el acuerdo real traslativo, y el consentimiento abstracto (*einigung*) que es la verdadera causa del asiento. Ese consentimiento abstracto para la inscripción se desvincula del contrato y no le afectan a la titularidad real, los vicios de aquel, por el contrario la titularidad real sí que se puede ver afectada por los vicios de tal consentimiento abstracto.

Sistemas de registros de derechos con *inscripción causal*, son ejemplo de ello el sistema español y el dominicano. En ellos los derechos reales nacen de un acuerdo entre las partes, sistema causal. Ahora bien sigue diciendo Fernando MARTÍNEZ, la exclusividad con que los derechos reales vinculan la cosa a su titular justifica el interés público en su regulación, ya que tal circunstancia comporta una fuerte incidencia del orden público en la normativa civil, lo que supone una serie de exigencias estructurales que han de respetarse por la autonomía de la voluntad. El derecho nace *inter partes*, pero para que adquiera trascendencia real, de forma que el asiento deja de ser una mera transcripción del título, es necesario que una institución, el Registro de la Propiedad a través de la calificación del registrador, determine qué pactos de los que los particulares han acordado puede acceder al registro por gozar de verdadera trascendencia real.

En todos los sistemas registrales de Registros de Derechos, la finalidad de dicha institución es la de configurar titularidades inmobiliarias, protegidas por los principios de legitimación y de fe pública, abstraerse de las relaciones causales y establecerse en un escalón superior donde todos ellos son de carácter constitutivo de la titularidad real inmobiliaria. La diferencia estriba que en los sistemas abstractos, además el derecho no tendrá existencia *inter partes*, mientras que en los causales, el sistema reconoce que los derechos reales pueden nacer *inter partes* fuera del Registro, pero no despegará su plena eficacia sino lo es a través de la inscripción y de los principios de legitimación y de fe pública que le son propios. El sistema abstracto tiene pues vocación de exactitud, dado que no puede existir derecho al margen del Registro, mientras que el de Registro de derechos causal, puede haber inexactitud entre los que refleja el Registro y la realidad extrarregistral, siendo por ello necesario el desarrollo de procedimientos de rectificación. No en vano el artículo 90 de la Ley dominicana, establece una presunción de exactitud del asiento registral contra la que no cabe prueba en contrario, pero admite dos excepciones de por sí ya importantes como es el

caso de la revisión por causa de error material o la revisión en causa de fraude; o como el hecho de que la fe pública del Registro no juega en los periodos de tiempo donde esté vigente la posibilidad de interponer el recurso de revisión por causa de fraude (art. 86 de la Ley).

Es por ello que nos enfrentamos ante un sistema, el dominicano, donde por un lado los derechos pueden nacer al margen del Registro, dado el sistema civil de adquisición de derechos, donde a su vez la propia legislación dominicana reclama su carácter constitutivo, y con una presunción de exactitud en virtud del Principio II de la Ley, donde no cabe prueba en contrario salvo las excepciones del recurso de revisión por causa de error material o de revisión por causa de fraude, y donde a su vez se niega los efectos de la fe pública mientras estén vigentes los plazos para interponer el recurso de revisión (algo parecido a los efectos de la suspensión de los efectos de la fe pública registral en el caso español, fruto de lo previsto en el art. 207 de la Ley Hipotecaria en relación con el 204 y 205 de la misma). Es curioso que el sistema dominicano sabe que es un Sistema Torrens, y que por ello se reclama como sistema constitutivo, pero sabedor de un desarrollo moderno de su sistema, recoge principios propios del derecho australiano, del derecho español y del derecho alemán. La inscripción es voluntaria y no obligatoria, es constitutivo pero los derechos nacen fuera del Registro, juega la fe pública respecto al tercero adquirente de buena fe y a título oneroso, la presunción de exactitud no admite prueba en contrario, pero sin embargo se admiten mecanismos de revisión por causa de error material o fraude, los derechos registrados son imprescriptibles conforme al Principio IV de la Ley (*todo derecho registrado de conformidad con la presente ley es imprescriptible y goza de la protección y garantía absoluta del Estado*). Por no añadir como más tarde veremos, que anudar un efecto convalidante a todas las inscripciones es cuando menos contradictorio con admitir expresamente, las *litis* sobre derechos registrados.

Concluimos entonces y adelanto como idea, que igual ya lo importante no es encasillar a un sistema como constitutivo o no, de por sí ya fundamental, sino que estaríamos en ambos casos ante dos sistemas de Registros de Derechos, Constitutivos en cuanto a la plena configuración de las titularidades inmobiliarias a través de los principios de legitimación y de fe pública, pero sin duda con una importante conexión causal con el acto o negocio que conforma el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

¿CUÁL ES EL ORIGEN ENTONCES DE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA EN EL DERECHO DOMINICANO? ¿PORQUÉ EL REGISTRO DOMINICANO SE DENOMINA DE TÍTULOS CUANDO REALMENTE LO ES DE DERECHOS?

Respecto a la segunda de las preguntas, la respuesta es clara, Registro de Títulos y Registro de Derechos en el Derecho dominicano es lo mismo, dado

que título significa a estos efectos derechos, ambas denominaciones son pues sinónimas.

La palabra título puede ser utilizada con distintas acepciones, bien como documento en el que se refleja la voluntad contractual de las partes, bien como derecho. En el Sistema dominicano, la denominación de Registro de Títulos, proviene de su antecesor australiano, donde el título, derecho, *title*, es el derecho que surge por la registración (*title by registration*) y de aquí que el Registro de Títulos dominicano, sea un Registro de Derechos.

Lo que ocurre es que al hacerse extensiva la denominación de la palabra título desde el derecho a la documentación formal, y al ser el Registro dominicano en su primera fase del procedimiento registral<sup>12</sup> un Registro de documentos, se ha producido cierta confusión en la doctrina registral al asimilar también al Registro de Títulos dominicano como un Registro de documentos, asimilación que nadie tiene que ver con su realidad ni jurídica ni fáctica.

Siempre me ha llamado la atención en el Sistema Dominicano, la existencia de un Libro de inscripciones diferente del Libro donde se practica la Registración del Título. Para un registrador español, el Libro de inscripciones es donde se practica el asiento registral correspondiente lo que no ocurre así en el sistema dominicano. Siempre pensé que era un mero error de denominación, y que realmente cuando se quería hablar del Libro de inscripciones se estaba hablando del Libro Diario, donde se radican todas las operaciones a los efectos de fijar la prioridad de los derechos. Efectivamente cumplía esa misión en la anterior legislación de tierras, pues se hablaba de año, mes, día, hora y minuto, en la que el título se radicaba en el Registro causando dicha inscripción.

La pregunta entonces es cuál era la diferencia entre dicha inscripción, que no era la propia del derecho español o alemán, de la práctica del asiento propiamente registral en el derecho dominicano.

Efectivamente el Libro de inscripciones dominicano existía y los registradores practicaban lo que se llamaba la inscripción, como algo diferente al asiento de inscripción constitutivo del derecho, y que da lugar al Certificado del Título.

He procedido al estudio de ese Libro y el origen y sentido de la inscripción practicada en ese libro, para lo cual he tenido que acudir a la legislación anterior y a la opinión de la doctrina registral dominicana<sup>13</sup>.

Señala ARISTIDE, que en la Ley del Registro de Tierras había una formalidad previa que había de cumplir el Registrador de Títulos antes de operar el registro de cualquier derecho. Se refiere a la *inscripción del Acto*. Afirma el autor que en el Registro de Títulos se *Inscribe el Acto y luego se Registra el derecho*. Dichas afirmaciones recuerdan a las ya trasnochadas afirmaciones de cierto doctrina registral española, por virtud de la cual en el Registro de la Propiedad español, se inscribían títulos y se publicaban derechos, cuando el sentido de la institución del Registro está en otra órbita radicalmente distinta hoy en día.

Sigue diciendo ARISTIDE algo que no puede dejarnos indiferentes: «*El procedimiento de la Ley de Tierras no es personal sino in rem, nosotros vamos a explicar cómo se ejecuta en el Registro de Títulos una operación que se someta a esa oficina para fines de registro*».

Del libro del autor extraemos la conclusión, de que el Registro de la Propiedad en República Dominicana se desentiende de la voluntad de las partes (no es personal) para constituir una titularidad real, (*in rem*) con las condiciones que el Estado establezca (a los fines del Registro).

El artículo 188 de la anterior Ley de Tierras establecía que «*cada registrador de títulos llevará un libro de inscripciones en el cual se inscribirá tan pronto como se le entreguen todos los actos y otros documentos... en condiciones de ser registrados... En dicho libro se hará constar el año, mes, día, hora y minuto en que recibiere dicho documento, el cual se reputará desde entonces registrado*».

Es por ello necesario aclarar que en el derecho dominicano, antes de registrar el derecho había que inscribir, y desde el hecho de la inscripción se reputaba el derecho registrado. Sigue en esta línea el derecho dominicano las pautas propias del principio de prioridad, cual es que la fecha a efectos de la inscripción no será propiamente la del asiento registral sino la de la fecha en que se practicó el asiento de presentación de la documentación en el registro.

Y es aquí donde nuevamente el Registro de Títulos dominicanos se vuelve apasionante, pues realmente hasta el momento de dicha inscripción en el Libro de inscripciones que regula la actual ley, no en el de radicación del Libro Diario, el Registro de la Propiedad no es más que meramente un Registro de Títulos o de documentos, donde a efectos probatorios y de principio de prioridad se van radicando los distintos títulos. Se mantiene en esta fase hasta el momento de la registración del derecho donde, definitivamente se convierte en constitutivo y convalidante, desplegando todos los efectos que le son propios.

Es interesante en este mismo sentido la aportación de Benito ARRUÑADA, el cual nos señala que en cierto modo, cualquier Registro de derechos, contiene pues un Registro de documentos, ya sea el libro o de presentación de documento o el de inscripciones de la República Dominicana. Señala el autor que como sucede en el Registro de documentos, los títulos que nacen de las transacciones privadas adquieren prioridad cuando se presentan al Registro por primera vez los documentos traslativos. Hasta el momento de la presentación estamos ante la existencia de un Registro de documentos, es después el sistema con la calificación del registrador la que depura el derecho a registrar, y si todo ello es positivo se inscribe el derecho, retrotrayendo los efectos que genera la inscripción a la fecha del asiento de presentación que es la que refleja el principio de prioridad<sup>14</sup>.

Es cierto que el actual artículo 41 del Reglamento General del Registro de Títulos, ya nos habla del Libro Diario, y no del Libro de inscripciones, y que seguramente la disposición es más clarificadora ahora, dando más importancia

a la inscripción del derecho a través del certificado del título, y alejándose del mero Registro de documentos; pero lo cierto es que el Libro Diario existe, y que su finalidad es la misma que el resto de la legislaciones homólogas y por eso en las primeras fases del procedimiento registral el Registro dominicano es un Registro de documentos, pero quedarse en que el sistema dominicano es un sistema de Registro de documentos, ni se corresponde con la realidad jurídica y fáctico de la Institución, ni con los efectos que el mismo despliega.

Fíjese que en el origen histórico de la Ley de Tierras estaba el dar solución a los terrenos comuneros, evitando las múltiples falsificaciones de títulos que mayoritariamente se producían en la zona este del país. Es lógico por lo tanto que la institución del Registro de la Propiedad en República Dominicana, estuviera vinculada también en su origen a la registración de dichos títulos como un mero registro de documentos, a los efectos probatorios en cualquier litis o pleito sobre la propiedad. No le ha ayudado ciertamente al Registro dominicano esa consideración, pues de facto ha producido siempre una confusión en la doctrina que lo intenta acercar al Registro de documentos cuando realmente es un Registro de derechos, derecho que nace esta vez ya sí de un nuevo acto, cual es el de la registración y generando un nuevo título derivado del asiento registral. Es por ello que el Registro dominicano no es un Registro de los títulos, convencional, judicial o administrativamente acordados (lo puede ser en su primera fase mientras el título está inscrito o radicado en el Libro Diario), pero una vez registrado el derecho, surge un nuevo título, cual es la titularidad real inmobiliaria sobre la propiedad inscrita.

Una vez aclarada la definición de Registro de Títulos, como Registro de Derechos, cabe plantearse cuál es el origen de la inscripción constitutiva en el sistema dominicano, y concluir si la definición de constitutivo es algo más que de lo que defendía la tradicional doctrina registral dominicana.

Respecto al origen de la inscripción constitutiva, la misma está en la propia vocación del sistema dominicano de convertirse en un sistema Torrens australiano. Pero lo cierto es que ni siquiera en Australia el sistema Torrens, es constitutivo *per se* de los derechos reales inmobiliarios, en el sentido de que los derechos reales nazcan por virtud de la inscripción; el decir que en los sistemas Torrens los derechos se constituyen por virtud de la inscripción, se ha convertido en un punto común en parte de la doctrina, que no tiene en cuenta los modos de adquisición de los sistemas civiles subyacentes. Sería muy difícil afirmar que el contrato, el mero consentimiento no tiene efecto alguno sobre las partes, siendo una realidad por ello que en todos los sistemas nacen situaciones jurídicas previas a la inscripción del documento formal en el Registro.

Acertadamente ARRIETA SEVILLA nos dice que incluso en el sistema australiano, hay determinadas situaciones contractuales previas a la inscripción, que permiten afirmar que el principio de inscripción constitutiva no es al menos como se intenta explicar en la doctrina tradicional. Estas situaciones jurídicas

son de dos clases, la primera de ellas referente a los pleitos sobre predios no inscritos (algo similar a lo que ocurre en el derecho dominicano con la propiedad no inscrita), lo cual supone tanto como reconocer que existiendo pleitos sobre la propiedad no inscrita, estamos reconociendo tácitamente la existencia de derechos sin necesidad de inscripción; y la segunda de ellas es que en Australia, con carácter previo a la inscripción, se reconoce la llamada *equity* que permite la adquisición de determinados derechos sin necesidad de inscripción, de forma que se distingue entre *legal rights*, determinados por la inscripción, y *equitable rights*, determinado por el contrato, pudiendo existir un *equitable owner* y un *legal owner*.

El punto donde intento llegar, es que no se debe caer en el dogmatismo de considerar que por el hecho de que el artículo 90 de la Ley 108 nos diga que el Registro dominicano es constitutivo, ello supone tanto como afirmar que el dominio y demás derechos reales nacen exclusivamente por su inscripción en el Registro: lo que surge fruto de la inscripción registral es una nueva titularidad real inmobiliaria abstraída de la relación causal que le sirve de base y por lo tanto más fuerte.

El origen del Sistema Torrens, fue el intento del sistema de dotar a la inscripción de un valor abstracto, con valor en sí misma, que no obligara a examinar la cadena de titularidades anteriores, y por lo tanto desconectada de la relación contractual-causal que daba origen a la misma, de aquí que se hablara de su carácter constitutivo. Pero ello lo hacía sin desconocer el sistema, los modos civiles de adquisición del dominio y demás derechos reales.

Al trasladar el Sistema Torrens a la República Dominicana, se recoge de igual manera dicho carácter constitutivo de la inscripción, y es aquí donde empiezan a surgir en República Dominicana las confusiones doctrinales sobre su verdadero entendimiento. Litigios sobre el derecho de propiedad no inscrito se producen en los tribunales de la República Dominicana todos los días, pero lo que es más importante, igualmente se producen dichos litigios o litis sobre los derechos reales inscritos.

Acercarse al principio de inscripción constitutiva, se puede hacer de dos maneras. La primera de ellas de una forma práctica y sencilla, meramente *nominalista*, pero quizás de consecuencias nada deseables desde el punto de vista jurídico y social. Y la segunda de forma menos práctica y más compleja, de carácter *sistemática*, pero igual más deseable desde la perspectiva de la seguridad jurídica.

La aproximación práctica, sencilla y meramente *nominalista*, es la de afirmar que la inscripción constitutiva supone que el dominio y demás derechos reales nacen por virtud de la inscripción. En aras de dicha finalidad, todo el sistema registral está destinado en sus principios a reafirmar dicha idea y en consecuencia de ello, el sistema deviene en constitutivo y por lo tanto debiera ser de inscripción obligatoria, se abstrae de la relación causal, y por ello es

convalidante *inter partes*, de forma que cada titular registral es protegido de forma absoluta en su derecho, independiente de los defectos de su propio título. Todo ello lleva a consagrar un principio de legitimación o exactitud de forma que el derecho existe y pertenece a su titular exactamente en la forma determinada en el asiento, *iuris et de iure*, sin que pueda haber prueba en contrario; fruto de la fuerza extraordinaria del sistema, se producen entonces otras dos consecuencias, la primera de ellas es que al sistema registral le debiera importar poco en la protección del tercer adquirente, pues no hay necesidad de proteger a un tercer adquirente cuando cada titular registral está protegido *per se* por su propio asiento, y finalmente la segunda es que se establece en todos los Sistemas tipo Torrens, un Fondo de Garantía del Estado (lo hay en Australia, al igual en República Dominicana), para evitar las consecuencias perjudiciales para aquel que por la extraordinaria fuerza del sistema se ve privado de su derecho.

¿Es esto realmente lo que ocurre en la República Dominicana? Son tantas las matizaciones que se pueden hacer a las posturas *nominalistas*, que nos deben llevar a pensar que quizás es otra la esencia del sistema dominicano. En primer lugar, a raíz de todo lo que estamos diciendo anteriormente, no es tan fácil afirmar que los derechos de dominio y demás derechos reales nazcan exclusivamente por la sola inscripción en la República Dominicana. Igualmente la inscripción no es obligatoria sino rogada; de la misma manera, existen excepciones al principio de convalidación en los casos de revisión por causa de fraude y de error material, y además el tercero o subadquirente sí que se le menciona en la legislación dominicana y se le protege; en el derecho dominicano existen las litis sobre los derechos registrados y fíjese que se habla de litis sobre derechos no sobre otra realidad, lo que hace que su carácter convalidante decaiga por sí. Finalmente el Fondo de Garantía no es operativo en la mayoría de los casos ni en Australia ni en República Dominicana, y no basta con decir que el Fondo de Garantía no opera porque el sistema registral es tan fuerte que defiende de forma suficiente los derechos, cuando realmente litigios sobre los derechos registrados existen en dichos sistemas.

El sistema dominicano ha hecho su propia evolución adaptativa, reconociendo derechos fuera del sistema registral, su inscripción es rogada y no siempre en la práctica judicial se admite sin más la convalidación del derecho, protegiendo unas veces y otras no al tercero adquirente a título oneroso y de buena fe.

Es por eso que me convence una aproximación *sistemática* al principio de inscripción constitutiva. En el caso dominicano porque afirmándolo expresamente en su artículo 90, sin embargo luego lo desarrolla de una forma diferente, y al español, porque no afirmándolo expresamente, sin embargo luego lo llega a desarrollar como tal. Basta recordar la extensión de trabajos doctrinales en España dedicados al estudio de este tema (LACRUZ BERDEJO, JERÓNIMO GONZÁLEZ, GÓMEZ DE LA SERNA, ROCA SASTRE, GONZÁLEZ PALOMINO, PAU PEDRÓN, GARCÍA GARCÍA, SANZ FERNÁNDEZ, LÓPEZ MEDEL,

BIENVENIDO OLIVER, DE CASTRO, DÍEZ PICAZO), donde todos ellos hablan en cierta forma, incluso en los últimos trabajos de ROCA SASTRE, del reconocimiento de una eficacia constitutiva «de alguna manera a la inscripción».

¿ES REALMENTE EL SISTEMA ESPAÑOL NO CONSTITUTIVO O SE PUEDE SUPERAR DICHO AXIOMA?

El problema se plantea porque efectivamente en España los derechos nacen fuera del Registro, de forma que pareciera una contradicción in terminis atribuir a la Inscripción un carácter constitutivo. Sin embargo nada más lejos de la realidad.

Visto todo lo expuesto anteriormente y siguiendo las últimas aportaciones doctrinales, que no en vano recogen la posición defendida por la Ley Hipotecaria de 1861, el Sistema Registral español es constitutivo, no en el sentido tradicional de que los derechos nacen, se modifican y extinguen por virtud de la inscripción, sino que por virtud de la inscripción se crean nuevas titularidades reales inmobiliarias dotadas de fuertes efectos servidos por los principios que le sirven de base.

No basta decir que el sistema es solo constitutivo respecto al tercero dado la existencia de la fe pública registral consagrada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino que es constitutivo *per se* dada la eficacia legitimadora de la inscripción en el artículo 38 del mismo cuerpo legal.

Que el sistema registral español es constitutivo, ha sido continuamente mencionado por la doctrina. Decía DÍEZ PICAZO, que «puede decirse un negocio constitutivo de un derecho real, al que no se le haya dotado de la necesaria publicidad, y en particular de la inscripción en el Registro, no alcanza plena efectividad, y por consiguiente, en alguna medida el derecho real constituido no llega a ser un auténtico derecho real». ANTONIO PAU, señala que ya un siglo antes el propio BIENVENIDO OLIVER había escrito que la «eficacia absoluta de estos actos, por los que se transmite el dominio de los bienes inmuebles, o se constituye, transmite, modifica o extingue algún derecho real, o sea *erga omnes*, depende de su inscripción, y señala que la inscripción es el único modo absoluto de adquirir, conservar, transmitir, gravar y perder los derechos sobre cosas inmuebles». Igualmente cita PAU los comentarios de GARCÍA GOYENA al título XX del libro tercero del proyecto del Código Civil de 1851, donde se proclama «el principio de que solamente por virtud de la inscripción y desde su data surte efecto contra tercero la propiedad de los bienes inmuebles», y no se olvide que el proyecto no insta la inscripción constitutiva, sino todo lo contrario la transmisión consensual del dominio<sup>15</sup> (algo parecido a lo que ocurre con la Ley 108 dominicana, que declara el carácter constitutivo de la inscripción, frente al sistema del Código Civil dominicano de transmisión consensual del dominio).



Finalmente es la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria española de 1861, la que nos da la afirmación definitiva, cuando nos dice «*según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se consideran constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro*».

Es por ello, que la Ley Hipotecaria española, es clara en este sentido, pues concedora de que el dominio y demás derechos reales nacen fuera del Registro, no alcanzar su plena configuración jurídica como derechos reales con eficacia *erga omnes*, dotados de oponibilidad absoluta, si no es como consecuencia de la inscripción en el Registro Público.

Concluimos entonces, que el sistema registral español es constitutivo, puesto que la inscripción del dominio y demás derechos reales en el Registro de la Propiedad es lo que les dota de su plena configuración como titularidades reales inmobiliarias, amparada en unos fuertes principios registrales en los que se apoyan.

## V. EN QUÉ CONSISTE LA FUERZA CONVALIDANTE DEL SISTEMA DOMINICANO. CUÁL ES LA EFICACIA NO CONVALIDANTE EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Un sistema registral está dotado de un principio cuando el mismo no es contestado. Puede que el principio estando recogido normativamente, sin embargo pueda decaer si es contestado por los jueces y Altos Tribunales, de forma que o *lo nieguen* en sus sentencias, bien porque el mismo no está suficientemente interiorizado o suficientemente entendido, lo cual puede ser de consecuencias enormemente graves para todo el sistema registral lo que va en detrimento de la seguridad jurídica, o bien porque el principio choca con la realidad social y jurídica del país en cuyo caso es necesario plantearse si igual hay que adaptar o incluso suprimir el principio; *bien lo modalizan*, es decir reconocen la existencia del principio pero adaptan su existencia a las circunstancias del caso concreto. Tan peligroso puede ser no contar con la existencia de un principio pues la falta del mismo debilita al sistema en su conjunto, como que existiendo los principios, luego la combinación y regulación normativa de los mismos sea contradictoria, bien con la regulación del sistema en su conjunto, bien con la realidad de los modos civiles de adquisición de la propiedad y demás derechos reales, bien con la propia realidad social del país. De producirse ello, la reacción de los tribunales y aplicadores de la ley registral puede ser la inesperada y en contra de lo que a la defensa del propio principio se reclamaba.

No todo se puede querer. Si el sistema es constitutivo no se puede querer regular al tercero adquirente y de buena fe a título oneroso porque el sistema se contradice; si los derechos civilmente nacen fuera del registro no podemos

afirmar sin más que se constituyen por la inscripción, y luego admitir en cambio que pueden existir las litis sobre los derechos registrados; y si el sistema es constitutivo a la manera tradicional, difícilmente podrá no ser convalidante, y entonces por qué admitir litigios sobre los inmuebles. Quizás se le pidió a un sistema registral, el dominicano, que estuviera dotado de los más fuertes principios, sin reflexionar adecuadamente cuál era la coherencia y juego entre los mismos, y lo más importante si todos ellos se adaptaban a la realidad social del país.

El sistema dominicano como decimos establece el carácter ya no solo constitutivo de la inscripción sino a su vez el carácter convalidante de la misma, frente al sistema español que establece el carácter no convalidante de la inscripción al decir que la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

En primer lugar hay que determinar a qué nos estamos refiriendo y respecto a qué un sistema lo es con carácter convalidante. En el sistema español es claro, pues el contenido del *artículo 33 de la Ley Hipotecaria* se está refiriendo exclusivamente a las partes contratantes, pues respecto a ellas la inscripción no es convalidante de los vicios y defectos que puedan determinar la nulidad del contrato celebrado para la transmisión de la propiedad o de cualquier otro derecho real. El artículo 33 español juega *inter partes*, no respecto al tercero, para el que se establece una protección de carácter superior cual es la protección a través del principio de fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El sistema hipotecario español adoptó en esta materia una posición intermedia, indudablemente determinada por la fuerte conexión causal que la inscripción en el mismo tiene con el acto contrato que le sirve de base para la inscripción del derecho. Es decir, el sistema español, no llegó, no al menos en los textos legales, a hacer una pura abstracción de la inscripción como algo desconectado totalmente de la relación causal que le servía de base, de forma que la inscripción produjera la convalidación de los vicios o defectos que pudieran existir en la relación causal que motivaba el asiento. Es cierto que algunos sectores doctrinales como SANZ FERNÁNDEZ señalan y con razón que la inscripción en España es convalidante respecto al tercero como consecuencia del juego de la fe pública del artículo 34 de la Ley Hipotecaria española. Mucho se criticó a SANZ FERNÁNDEZ por dichas afirmaciones, pero me atrevo a afirmar que no estaban muy lejos de la verdadera realidad.

En el Sistema Torrens, como señala Luis Javier ARRIETA SEVILLA, lo que quiso Torrens era dotar de carácter absoluto e irrevocable al título inscrito de cada comprador para que fuera plenamente seguro, *indefeasible*, porque el título inscrito no puede ser cancelado, declarado nulo o vencido en juicio por un error, evento, título o circunstancia anterior, es decir que fuera convalidante. Cita en este sentido el autor al propio Torrens, en «The South Australian System of conveyancing by registration of title», 8 y 43.

Nos dice ARRIETA, que para ello Torrens ideó un documento cuya misión sería plasmar la situación jurídica de la parcela, denominado *Certificate of Title* (de aquí la denominación del Certificado de Título de la Republica Dominicana y de que el Registro de la Propiedad en este país sea un Registro de Títulos pero no en el sentido de un Registro de documentos, sino en el sentido de un Registro de Certificado de Títulos, derechos, cuyo original se queda en el registro y el duplicado se entrega al interesado). En este Certificado de Título se dejaría constancia de las transacciones y negocios jurídicos que tuvieron por objeto la misma finca. La consulta de este certificado sustituiría a la de los documentos anteriores, que bajo el anterior sistema, tenía que ser analizados por el adquirente para comprobar la solidez del título del vendedor<sup>16</sup>.

Ya conocemos por tanto cual fue el origen del Certificado de Título, y la primigenia razón por la cual los sistemas de tipo Torrens son convalidantes.

La cuestión es que nada distinto en cuanto a su finalidad persiguen los Sistemas Torrens, como los Sistemas de inscripción causal, en los que con solo consultar los asientos registrales vigentes se pueda obtener certeza del título del vendedor otorgando solidez al mismo, en virtud del principio de legitimación que le es inherente al sientto registral, solo que después esta presunción de exactitud que implica el asiento registral, en el derecho dominicano se convierte en una presunción *iuris et de iure*, y por lo tanto convalidante, mientras que en el derecho español es *iuris tantum* y por lo tanto no convalidante admitiendo prueba en contrario; pero lo que pone en común a ambos sistemas es que respecto al tercero, en eso no hay dudas, ambos sistemas registrales son de carácter convalidante, razón por la cual se ha señalado al sistema español como de tipo intermedio.

Es curioso que como señala el autor, el Sistema Torrens australiano, por virtud del cual los derechos se constituyen sobre su inscripción en el Registro, ha tenido que convivir con un Registro de documentos sobre los predios no inmatriculados (el old system) similar a lo que ha ocurrido en el Sistema dominicano, donde junto con las propiedades inscritas en el Registro de Títulos, están las contadurías sobre predios no inscritos en cuanto registros de documentos.

Todo ello hace que nos planteemos que si no siendo el sistema registral dominicano, un sistema cuya inscripción esté totalmente abstraído de la relación causal que le sirve de base, fue coherente atribuirle esa eficacia convalidante que ni siquiera goza el propio sistema Torrens australiano.

Porque la realidad de los hechos y del propio sistema en la República Dominicana es terca. Es por ello que como principio programático del sistema registral dominicano era al menos conceptualmente correcto atribuir a la inscripción si la misma era realmente constitutiva su carácter convalidante. Pero sin embargo son muchos los momentos en que dicha eficacia convalidante decae y es incoherente con el propio sistema civil. El sistema registral dominicano quiere algo que no le es posible cumplir, pues la solución ofrecida por el legislador creo que no fue

demasiado meditada. Sabemos que decir que un sistema es convalidante entre partes es algo tan fuerte, tan poco real en el caso dominicano, que el propio legislador empieza a establecer excepciones al principio en aras de evitar la alarma social. La primera de ellas admitir el propio recurso de revisión por causa de error material o de fraude, y suspender durante el plazo de interposición del recurso el juego de la fe pública registral. En el sistema registral español, dado que no es convalidante respecto a las partes pero sí respecto a terceros, dichas excepciones al principio de fe pública registral durante un tiempo determinado posterior a la inmatriculación las tenemos bien identificadas en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, excepción que nos parece plenamente coherente con el sistema. Pero a partir de ahí las excepciones al principio de fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria deben ser las mínimas. El tercero debe ser protegido siempre en su adquisición, y las excepciones a dicho principio deben ser inexistentes o cuando menos las mínimas si queremos que el sistema sea sólido, garantista y lo más importante, útil para el tráfico jurídico. Sin embargo cuando el sistema dominicano se autodenomina convalidante, ¿lo es realmente entre partes? Porque está claro que si fuera así, ni se precisería regular la protección del tercer adquirente, ya que el mismo estaría más que protegido en cada una de sus adquisiciones puesto que la inscripción purificará todos los posibles vicios de la relación causal de la que fue parte, ni se excepcionaría la fe pública del registro en los periodos en los que es posible la interposición del recurso por causa de error materia o de fraude.

La segunda excepción al principio de eficacia convalidante es la de admitir las litis sobre derechos registrados, y poder reflejarlas en el Registro a través de la medida provisional o precautoria que determine el órgano judicial.

Las ideas anteriores no solo se producen en este lado del Atlántico, sino también se está acercando a ella la propia doctrina registral dominicana, como claramente nos explica el registrador dominicano, Juan Luis GUZMÁN en su libro *El Registrador de Títulos en Perspectiva*<sup>17</sup>. Señala el autor que es necesario hacer una interpretación del efecto constitutivo y convalidante de los derechos registrados, criticando la dicción del artículo 90 de la Ley dominicana. Se plantea Juan Luis GUZMÁN si decir constitutivo supone lo mismo que los derechos registrados puedan considerarse eternos e inmutables. Es importante la crítica de este autor cuando dice que el artículo 90 de la Ley dominicana no solo debiera haber recogido las excepciones de los recursos de revisión por causa de error o fraude, sino todas las que él se refiere anteriormente y que nosotros también recogemos. Juan Luis GUZMÁN se da cuenta del mismo problema al que de forma continua nos estamos refiriendo en el presente, sabe que enunciado del principio que consagra la Ley es que estamos ante un sistema constitutivo y convalidante, pero frente a ese principio existen muchas excepciones, excepciones que se han convertido en regla. Está claro que el problema existe, el autor lo detecta, pero sin llegar a afirmar que el sistema no es constitutivo ni

convalidante, dice que las excepciones de todos los supuestos se debieran de haber recogido en el artículo 90. Y si ello es así como dice el autor, si tantas son las excepciones no será mejor enfrentar el problema real, reinterpretarlo y darle otra orientación para que el sistema funcione de una forma más coherente.

Es por ello que es necesario abrir una nueva línea de pensamiento, y considerar que cuando el sistema registral dominicano habla de eficacia convalidante de la inscripción no la está refiriendo a las relaciones inter partes, sino que al igual que el sistema español, lo es solo en relación con el tercero que adquiere confiando en lo que el registro publica, porque si no, no hay otra forma de entender cómo es que el mismo luego se exceptiona de las dos maneras anteriormente referidas y se suspenden los efectos de la fe pública registral.

Es por ello que sistema dominicano a diferencia del español, desarrolla hasta sus últimas consecuencias su mal entendido carácter constitutivo, y por ello anuda a la inscripción su eficacia convalidante, para acabar determinando que lo reflejado en el asiento registral, está bajo una presunción de exactitud (principio registral de legitimación) que no admite prueba en contrario, *iuris et de iure*, a diferencia del español cuya principio de legitimación se enuncia como una presunción de exactitud *iuris tantum*, cuestión esta que pasamos a analizar.

## VI. CUÁL ES LA RELACIÓN ESTABLECIDA EN LOS DOS SISTEMAS REGISTRALES EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN

El sistema registral dominicano lleva a sus últimas consecuencias su consideración de sistema constitutivo y convalidante, enunciado un principio de legitimación o de exactitud contra el que no cabe prueba en contrario, *iuris et de iure*, artículo 90 de la Ley 108. El sistema español, coherente con su consideración de no convalidante, establece un principio de exactitud o de legitimación, contra el que sí que cabe prueba en contrario.

Nuevamente de la comparación de ambos sistemas surgen otras dudas, pues si realmente el sistema no es convalidante no debiera anudarse al asiento registral un principio de legitimación absoluto sin admitir prueba en contrario, y viceversa, si el sistema solo es convalidante respecto al tercero cabe preguntarse si se debiera anudar una legitimación absoluta en cada derecho reflejado en el asiento.

El principio de legitimación en cuanto supone que el derecho existe y pertenece a su titular en la forma determinada el asiento, tiene una manifestación activa, pasiva y otra defensiva. Mientras dicha legitimación no sea contestada, se presume de forma activa que el derecho existe y pertenece a su titular en la forma determinada en el asiento, de manera que el titular puede ejercerlo con el contenido que el asiento publica, estableciendo algunos sistemas la

inoponibilidad de los derechos no inscritos, y a su vez fijando la oponibilidad *erga omnes* del inscrito. De una forma pasiva solo es posible la cancelación o modificación del asiento y por ende del derecho, por consentimiento del titular registral o en base a un procedimiento judicial o administrativo debidamente entablado contra el titular registral y en el que el mismo sea parte. Solo cuando la titularidad registral es contestada porque se intenta perturbar el ejercicio del derecho surge la vía defensiva, de forma que en base al contenido del asiento registral podrá el titular registral ejercitar las acciones reales en defensa de su derecho contra quien pretenda perturbarlo, (ejemplo de lo cual es el artículo 41 de la Ley Hipotecaria española), de forma que o no cabe prueba en contrario y el sistema expulsa cualquier intento de discutir el derecho inscrito, o en cambio es posible la prueba en contrario.

Nuevamente el sistema dominicano hace un esfuerzo adaptativo y dada la fuerza de los principios que recoge, procede a regular en el Capítulo VII de la Ley 108-05 lo que denomina el *Desalojo de Inmuebles Registrados*. El Desalojo de Inmuebles Registrados, se define en el artículo 47 de la Ley como el *procedimiento mediante el cual se libera el inmueble registrado de cualquier ocupación ilegal*. Este procedimiento no es sino una manifestación defensiva del principio de legitimación contemplado en su artículo 90 y en concepto y filosofía similar por lo tanto al procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria española fruto del principio de legitimación consagrado en el artículo 38 de la misma.

A pesar del carácter absoluto del principio de legitimación en el derecho dominicano, sin embargo su artículo 47 parece distinguir dos supuestos, los casos de ocupación ilegal sin el consentimiento del propietario, y los de ocupación con el consentimiento del mismo, para los cuales reserva la ley que han de tramitarse o perseguirse ante la jurisdicción ordinaria, precisamente para que pueda alegarse el elemento contradictorio y por tanto la prueba en contrario. Es precisamente el artículo 49 el que se refiere expresamente a un *proceso contradictorio*, en el que como consecuencia del cual los jueces de la Jurisdicción Inmobiliaria podrán caso de ser exitoso ordenar el desalojo, a solicitud de la parte interesada, de la Comisión Inmobiliaria o de Oficio.

Vemos de nuevo que el sistema dominicano vuelve a desarrollar su principio de legitimación absoluto con presunción de exactitud *iuris et de iure*, recogiendo elementos que permiten el proceso contradictorio y por lo tanto la prueba en contrario, cuando se ha producido la ocupación del inmueble con el consentimiento y autorización del propietario. Es por ello que igual desde la arquitectura del propio sistema hubiera sido más lógico reconocer la existencia de dichas acciones reales fruto del principio de legitimación, pero no otorgándole el carácter de presunción *iuris et de iure*, pues de facto en la realidad jurídica dominicana el principio de legitimación juega de una manera no muy diferente al resto del conjunto de sistemas registrales.

## VII. CONCLUSIONES

I. Ambos sistemas registrales, el dominicano y el español, parten de un principio de inscripción voluntaria o rogada, en los cuales los derechos nacen al margen del Registro y se deja a la voluntad de las partes la decisión o no de solicitar su Inscripción en el Registro de la Propiedad.

II. Siendo ambos sistemas de inscripción voluntaria, sin embargo la inscripción es obligatoria para que aparezca una titularidad real inmobiliaria registral, con unos fuertes efectos derivados de los principios registrales que son bases del sistema.

III. En el sistema registral español, siendo un Registro de Derechos, la inscripción es constitutiva, pero no en el sentido de que los derechos, reales nazcan en virtud de la inscripción ya que como sabemos los derechos, dado nuestro sistema civil de adquisición del dominio y demás derechos, nacen al margen del Registro, sino en el sentido de que como consecuencia de la inscripción se constituyen verdaderas titularidades inmobiliarias, con eficaz *erga omnes*, dotadas de fuerte principios.

En dicho sentido ambos sistemas registrales son sistemas de Registros de Derechos, donde la inscripción en ambos es constitutiva para que nazca la titularidad real inmobiliaria con los fuertes efectos que desea el sistema.

IV. El sistema registral dominicano es un ejemplo claro de evolución registral adaptativa, al que hay que acercarse de una manera sistemática para entender de forma adecuada el juego de todos los principios que le son inherentes.

V. El sistema registral español como Registro de Derechos es realmente constitutivo de las nuevas titulares inmobiliarias, con plenos efectos en el tráfico derivados de sus principios de legitimación y de fe pública registral.

VI. Es difícil justificar que el sistema dominicano pueda tener un eficacia convalidante en cada inscripción respecto a la relación causal *inter partes*, y quizás lo más coherente para el propio sistema es considerar que su eficacia convalidante lo es respecto a tercero, aproximándose en este sentido a la misma línea de actuación del sistema español en la relación con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

VII. El principio de legitimación juega de una manera similar en su vertiente activa y pasiva, pero sin embargo en el sistema español en virtud del artículo 38 de la Ley Hipotecaria lo es con el carácter de presunción *iuris tantum*, mientras que en el sistema dominicano lo es *iuris et de iure* salvo los casos de error material y por causa de fraude tal y como recoge el artículo 90 de la Ley 108-05. De todo lo expuesto y en especial de la regulación del procedimiento de desalojo de inmuebles registrados se deduce, que igual es más realista considerar que a pesar de la dicción del artículo 90, el sistema dominicano, es de presunción *iuris tantum*, siendo deseable una regulación más detallada de las acciones de las que goza el titular inscrito para la defensa de sus derechos al

igual que ocurre en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria Española y de forma similar al resto de sistemas registrales.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ SÁNCHEZ, A. (1999). *Estudio de la Ley de Tierras*. Santo Domingo, República Dominicana: Tiempo SA.
- ARRIETA SEVILA, L. J. (2010). *El Torrens Title y el Registro de la Propiedad Español. Cuadernos de Derecho Registral*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- ARRUÑADA, B. (2013). *Instituciones de Intercambio Impersonal*. Civitas. Navarra: Thomson Reuters.
- GÓMEZ, W. (2014). *Manual de Derecho inmobiliario registral*. Santo Domingo, República Dominicana: Amigo del Hogar.
- GONZÁLEZ, J. (2009). *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil, Tomo I*, Madrid: Edición Civitas Thomson Reuters.
- GUZMÁN, J. L. (2011). *El Registrador de Títulos en Perspectiva*. Santo Domingo, República Dominicana: Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia.
- MARTÍNEZ, F. (2012). *El sistema español de Registro inmobiliario*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- RODRÍGUEZ OTERO, L. (1996). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 635. Madrid. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- SERNA VALLEJO, M. (1996). *La Publicidad Inmobiliaria en el Derecho hipotecario español*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

## NOTAS

<sup>1</sup> *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil, Tomo I*, Edición Civitas Thomson Reuters, 107 y sigs.

<sup>2</sup> Recordar aquí por ejemplo la doctrina del título y del modo en el Derecho español, donde el derecho de dominio surge por el título, consentimiento, y la entrega de la cosa, traditio, artículo 609 Código Civil. O el sistema civilista dominicano de transmisión meramente consensual de la propiedad derivado de su herencia francesa. O los modos derivativos de adquisición de la propiedad fuera del procedimiento especial de saneamiento en la República Dominicana.

<sup>3</sup> Ver en este sentido el trabajo de Lino RODRÍGUEZ OTERO en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 635 de 1996, el cual considera que la inscripción no puede ser meramente declarativa, sino que tiene una virtualidad potencialmente constitutiva en virtud del principio de legitimación.

<sup>4</sup> *El Sistema Español de Registro Inmobiliario*, Fernando MARTÍNEZ, Civitas-Thomson Reuters.

<sup>5</sup> *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. Wilson GÓMEZ.

<sup>6</sup> Jerónimo GONZÁLEZ, *Los principios hipotecarios Tomo I*, Civitas Thomson Reuters, 449 y sigs.

<sup>7</sup> Citado por Luis Javier ARRIETA SEVILLA, 55, citando a su vez a HEP/BURN, *Australian Property Law*, 2008 555 Lexis Nexis Butterworths.



<sup>8</sup> Margarita SERNA VALLEJO en su libro titulado, *La Publicidad Inmobiliaria en el derecho hipotecario español*, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

<sup>9</sup> *Estudio de la Ley de Tierras*, Lic Aristides ÁLVAREZ SÁNCHEZ.

<sup>10</sup> Luis Javier ARRIETA SEVILA, *El Torrens Title* y el Registro de la Propiedad español, 56.

<sup>11</sup> Jerónimo GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil, Tomo I*, 459.

<sup>12</sup> Se define el procedimiento registral como el conjunto de actos impulsados por el registrador que van desde la radicación del documento formal en el libro diario, hasta la inscripción del derecho en el asiento registral.

<sup>13</sup> *Estudio de la Ley de Tierras*, Lic Aristides ÁLVAREZ SÁNCHEZ.

<sup>14</sup> *Instituciones de Intercambio Impersonal*, Benito ARRUÑADA, Cívitas-Thomson Reuters, 102 y sigs.

<sup>15</sup> *El Acta de Inscripción*, Antonio PAU PEDRÓN, Colegio de Registradores de España.

<sup>16</sup> Luis Javier ARRIETA SEVILLA. *El Torrens Title* y el Registro de la Propiedad español. *Cuadernos de Derecho Registral* editado por el Colegio de Registradores de España.

<sup>17</sup> *El Registrador de Títulos en Perspectiva*, Juan Luis GUZMÁN, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, 139 y sigs.

# 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 18-1-2018  
(BOE 1-2-2018)  
Registro de Getafe, número 1.

#### **CONCURSO DE ACREEDORES: ENAJENACIÓN DE UNIDAD PRODUCTIVA EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN.**

Entre las distintas facultades de la administración concursal en la fase de liquidación figura la de enajenar los elementos subsistentes en esa masa. Mientras que el nombramiento de este representante es competencia exclusiva del juez, el ámbito del poder de representación no lo fija la autoridad judicial, sino las normas legales. La representación que ostenta el administrador concursal es, pues, una representación legal. Cuando se infrinjan el plan de liquidación, los efectos de la infracción serán los previstos por el ordenamiento jurídico, pero ello no afecta al poder de representación de quien liquida.

Conforme a la normativa vigente, no puede ponerse en duda que el registrador, al analizar una operación de liquidación inscribible en el Registro, debe calificar si la operación es o no conforme con el plan de liquidación aprobado por el juez, con o sin modificaciones, o, en defecto de aprobación o de específica previsión, con las reglas legales supletorias (arts. 148 y 149). Sin embargo, en la mayor parte de los casos existe un problema de conocimiento del plan por el registrador. En la práctica coexisten autos que incluyen el plan y autos que se limitan a aprobarlo, incorporando, en su caso, las modificaciones que el juez del concurso considere procedentes. La calificación del título presentado a inscripción exige que el registrador tenga a la vista el plan aprobado, sea el

originariamente presentado por la administración concursal, sea el modificado por el juez.

Según el texto actualmente en vigor, una vez transcurrido el plazo para que el concursado, los acreedores concursales y los representantes de los trabajadores presenten «observaciones» o «propuestas de modificación», el juez, según estime más conveniente para el «interés del concurso», procederá a aprobar el plan «en los términos en que hubiera sido presentado, introducirá en él modificaciones o acordará la liquidación conforme a las reglas legales supletorias» (art. 148.2, inciso segundo, de la Ley Concursal). Aunque este texto quizá no sea suficientemente explícito, en la aplicación de la Ley se considera, sin género de dudas, que el juez, háyanse o no presentado «observaciones» o «propuestas de modificación», puede modificar el plan de liquidación elaborado por la administración concursal. En todo caso, al introducir modificaciones, el juez del concurso debe proceder con especial cuidado: además de respetar las normas imperativas establecidas por la Ley Concursal para la enajenación de la masa activa, tiene que evitar que se produzcan contradicciones con aquellas otras reglas del plan de liquidación que no se modifiquen. Los problemas esenciales de interpretación del plan derivan precisamente de esas modificaciones. La Ley Concursal no ha previsto la modificación del plan de liquidación una vez aprobado, sea para alterar alguna de las reglas que figuraban en él, sea para completarlo evitando la aplicación de las reglas legales supletorias. Pero, cuando concurra causa justificada, la práctica, para facilitar la liquidación, admite sin reparos esas modificaciones.

En la providencia de 7 de junio de 2016, por la que se reconoció al administrador concursal el derecho de optar por la subasta judicial o por la subasta notarial, se precisó que si se optaba por la subasta notarial, debía realizarse conforme a lo previsto en los artículos 655 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El problema de qué normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil son de aplicación a esas subastas —judiciales o notariales— concursales y cuáles no, se plantea con toda crudeza respecto de la exigencia de la tasación específica del inmueble objeto de subasta. El estudio conjunto de las normas legales procesales y concursales pone de manifiesto que, en las subastas concursales, sean judiciales o notariales, por regla general no es necesaria esa tasación específica, de modo que la falta de tasación específica no constituye defecto que impida el acceso del título al Registro de la Propiedad. El bien o el derecho que se subasta ya ha sido valorado por la administración concursal en el inventario provisional (art. 75.2.1.º de la Ley Concursal). Aunque de los antecedentes del caso no se deduce cuál ha sido valor fijado para la unidad productiva en el inventario, sí figura la fijación por el administrador concursal del precio inicial para la primera subasta (5.000.000 de euros), para la segunda (4.000.000 de euros) y para la potestativa tercera subasta (3.000.000 de euros); y consta igualmente que esos precios no han sido modificados por el juez del concurso.

La interpretación de las reglas del plan de liquidación, con las modificaciones introducidas por el juez del concurso, debe realizarse del modo más adecuado para que unas y otras produzcan efecto, aunque sea a costa de limitar el alcance respectivo. Frente a una interpretación aislada y literal de cada una de las reglas debe prevalecer una interpretación sistemática y funcional. Esa interpretación sistemática y funcional permite identificar dentro de las reglas aplicables a la liquidación de la unidad productiva una regla general, que es la que figura en el plan redactado por el administrador concursal; una excepción, que procede de la decisión del juez de aceptar la propuesta de la acreedora hipotecaria; y un límite a la propia excepción introducida por el juez, que es consecuencia de la remisión

expresa a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero la excepción —y he aquí el «cierre» del sistema aprobado por el juez— tiene un límite infranqueable, por cuanto que (por aplicación supletoria del artículo 670, apartado cuarto, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud de lo establecido en el artículo 72.2 de la Ley del Notariado y de la remisión contenida en las resoluciones judiciales) la cantidad ofrecida por el postor tiene necesariamente que superar el 50% de ese precio mínimo inicial.

Conforme a esta interpretación —y frente a lo que entiende el registrador— no puede formularse reproche a la escritura de compraventa presentada a inscripción. La conformidad de lo acontecido al plan de liquidación aprobado se deduce del auto de 9 de marzo de 2017, que, a la vista de la solicitud del administrador concursal a la que acompaña copia de la escritura de compraventa, dicta el juez del concurso ordenando el libramiento del mandamiento de cancelación de cargas. Aunque ese auto no tiene valor de aprobación de la concreta realización de la unidad productiva —aprobación que no exige la Ley Concursal—, permite deducir, tanto la implícita conformidad de los acreedores personados en el concurso de acreedores a la operación documentada en esa escritura —ya que no consta que la hayan objetado—, como la implícita conformidad del juez al sistema seguido para la enajenación de esa unidad.

Resolución de 22-1-2018

(BOE 1-2-2018)

Registro de San Javier, número 2.

#### **ARRENDAMIENTO CON OPCIÓN DE COMPRA: CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES Y CONSIGNACIÓN A FAVOR DE LOS TITULARES DE LAS MISMAS.**

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.*, por todas, resolución de 18 de mayo de 2011 y demás citadas en los «Vistos») que una vez ejercitado un derecho de opción puede solicitarse la cancelación de las cargas que hubiesen sido inscritas con posterioridad. Ahora bien, para ello es necesario, como regla general, el depósito del precio pagado a disposición de los titulares de las cargas posteriores (cfr. art. 175.6.a Reglamento Hipotecario).

El principio de consignación íntegra del precio establecido por diversas resoluciones —entre ellas la de 11 de junio de 2002—, debe impedir pactos que dejen la consignación y su importe al arbitrio del optante, pero no puede llevarse al extremo, pues implicaría, so pretexto de proteger a los titulares de los derechos posteriores a la opción, perjudicar al propio titular de la opción, que goza de preferencia registral frente a ellos. Y así puede efectuarse la deducción del importe de la prima de la opción, es decir, de aquella cantidad que se ha abonado al concederla, o del importe de cargas anteriores a la propia opción que sean asumidas o satisfechas por el optante. Igualmente, no procede exigir tal consignación cuando el optante retiene la totalidad del precio pactado para hacer frente al pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca y que es de rango preferente al derecho de opción ejercitado. Pero en todos estos casos es fundamental que todas estas circunstancias consten pactadas en la escritura de opción y que consten debidamente inscritas.

Este Centro Directivo ha reconocido la posibilidad de cancelación de las cargas posteriores sin proceder a la correspondiente consignación del precio cuando

no proceda pago alguno en el momento de la compraventa según lo convenido en la escritura de concesión del derecho de opción y reflejado en el asiento registral. Por tanto, es decisiva la configuración del derecho de opción en la escritura para que pueda ser transcrito en el asiento registral. Se ha reconocido, como ya se ha dicho anteriormente, la posible deducción del importe de la prima de la opción o de las cantidades satisfechas en concepto de cuotas del arrendamiento. También se ha reconocido la posible deducción del importe de cargas anteriores a la propia opción, que son asumidas o satisfechas por el optante, si bien esta posibilidad debe considerarse limitada por el principio de que las cantidades satisfechas por estos conceptos no podrán ser superiores a las correspondientes coberturas hipotecarias. Por último, se ha reconocido que tampoco es necesaria tal consignación en caso de haberse pactado en la escritura de concesión de la opción un pago por compensación de deudas.

Resolución de 23-1-2018

(BOE 6-2-2018)

Registro de Redondela-Ponte Caldelas.

#### RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., por todas, las resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011 y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

A diferencia de lo que ocurre con la inexactitud provocada por la falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento, cuya rectificación, como señala el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria no exige el consentimiento del registrador; en el caso de la rectificación de errores de concepto, esta intervención es necesaria. El artículo 217, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria así lo dispone. Ciertamente, 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. En el presente supuesto el error no resulta claramente de la inscripción.

No corresponde a esta Dirección General pronunciarse sobre si el asiento fue o no correctamente practicado, debiendo debatirse la procedencia de la rectificación, a falta de la conformidad del registrador para ello, en el juicio ordinario correspondiente, tal y como prescribe el artículo 218 de la Ley Hipotecaria antes transcrito.

Resolución de 23-1-2018  
(BOE 6-2-2018)  
Registro de Falset.

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE PROHIBICIÓN DE DISPONER ORDENADA POR LA AGENCIA TRIBUTARIA COMO MEDIDA CAUTELAR: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.**

Cuando una calificación, haya sido o no acertada, ha desembocado en la práctica del asiento, este queda bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 de la Ley Hipotecaria) y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la propia ley, lo que conduce a su artículo 40, en el que se regulan los mecanismos para lograr la rectificación del contenido del Registro cuando es inexacto y ello aun cuando se discrepe de la forma en que el acto o contrato a inscribir haya sido objeto de reflejo tabular y pese a las repercusiones que ello tenga en la forma en que se publica el derecho o situación jurídica inscrita.

Con relación a la pretensión del recurrente de que la anotación de prohibición de disponer sea cancelada por haber caducado de conformidad con lo dispuesto en la Ley General Tributaria, hay que recordar que este Centro Directivo ha insistido en numerosas ocasiones en la esencial diferencia existente entre la duración de los derechos o gravámenes que acceden al Registro y la caducidad de los asientos que los recogen sin que puedan confundirse unos y otros. En el primer caso, el mero transcurso del plazo de duración establecido no permite sin más la consiguiente cancelación del asiento en que estén publicados. Tratándose de una prohibición de disponer, pudieran haberse realizado actos dispositivos durante la vigencia administrativa de dicha medida cautelar que aún no han sido presentados a inscripción y que, mientras la anotación no se cancele, tendrán vedado el acceso a los libros registrales.

En efecto, el artículo 81 de la Ley General Tributaria establece, respecto de la duración de las medidas cautelares —entre ellas la prohibición de enajenar, gravar o disponer bienes o derechos—, un plazo de seis meses desde su adopción, pudiendo prorrogarse por otros seis meses. Ahora bien, estos plazos se refieren a la prohibición de disponer, que es la medida cautelar, no a la anotación preventiva. Consecuentemente, la cancelación de la anotación de prohibición de disponer que afecta a la tercera parte indivisa de la finca 13.427, en tanto no hayan transcurrido los cuatro años de vigencia de la misma que prevé el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, solo podrá producirse en virtud de mandamiento expedido por la Agencia Tributaria ordenando dicha cancelación.

Resolución de 23-1-2018  
(BOE 6-2-2018)  
Registro de San Javier, número 1

**PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS AL EMITIR UNA CERTIFICACIÓN TELEMÁTICA.**

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, 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. El interés ha de ser conocido, directo y legítimo.

Conforme a la legislación de protección de datos, solo se podrán recoger datos de carácter personal para el tratamiento automatizado cuando los datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos conforme a las finalidades para las que se hayan obtenido. Y, de otra parte, los datos no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para las que hubieran sido recogidas. Como ha señalado recientemente este Centro Directivo en su resolución de 14 de julio de 2016, 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, debiendo acreditarse tanto la cualidad de profesional del peticionario como la causa de la consulta.

Aplicadas las anteriores consideraciones al expediente que nos ocupa, no cabe mantener la calificación recurrida. Si lo que se quería expresar con este defecto es que tiene que constar en la solicitud la identidad del interesado por cuenta del cual se requiere la información, así se debería haber expresado en la nota. En cuanto a la exigencia de que la solicitud ha de estar motivada, aparece suficientemente expresada en la solicitud dicha motivación. 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 la resolución de este Centro Directivo de 4 de julio de 2013, conforme a la cual «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». Entre estos «medios telemáticos» que pueden utilizarse como medio de identificación del firmante se incluye la firma electrónica (cfr. art. 3.1 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica), que es el que se empleó en este caso al remitirse la solicitud con firma digital del solicitante a la sede electrónica del Colegio de Registradores, por lo que este defecto tampoco puede ser mantenido.

Resolución de 23-1-2018  
(BOE 6-2-2018)  
Registro de Badajoz, número 1

**INMATRICULACIÓN CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ARTÍCULO 206  
LH: FINCA YA INMATRICULADA.**

El artículo 206 de la LH permite la inmatriculación de fincas a favor de entidades públicas, pero añade que «en todo caso, será preciso que el registrador

compruebe la falta de previa inmatriculación de todo o parte del inmueble. Si advirtiera la existencia de fincas inscritas coincidentes en todo o en parte, denegará la inmatriculación solicitada, previa expedición de certificación de las referidas fincas, que remitirá al organismo interesado junto con la nota de calificación».

No puede compartirse la apreciación del recurrente de que se trata de «meras conjeturas» del registrador sobre una finca cuya referencia catastral no consta en el Registro, sino que, por el contrario, responden a una investigación minuciosa y a indicios muy sólidos y bien fundamentados. Y tales indicios apuntan a pensar razonablemente que la porción a inmatricular es en realidad una parte a segregar por el centro-norte de la finca registral 24.124.

Resolución de 24-1-2018

(BOE 6-2-2018)

Registro de Madrid, número 37

#### PROHIBICIONES DE DISPONER: EFECTOS.

Es doctrina de este Centro Directivo que exigencias del principio de economía procesal imponen admitir el recurso interpuesto cuando, aun no habiéndose formalmente extendido la nota al pie del documento inscribible (en el caso resuelto no figura los recursos contra la nota, ni el órgano ante el que se interpone ni plazo para ello), no haya duda sobre la autenticidad de la calificación que se impugna.

La eficacia de las prohibiciones de disponer y el alcance del cierre registral que provocan, no ha sido cuestión pacífica en la doctrina y en las resoluciones de este Centro Directivo. En relación con la naturaleza y alcance de las distintas modalidades de prohibiciones de disponer, de acuerdo con la doctrina de este Centro Directivo, se han de distinguir dos grandes categorías: —Las prohibiciones voluntarias y las que tienen su origen en un procedimiento civil, tratan de satisfacer intereses básicamente privados. En consecuencia, si cuando otorgó el acto afectado por la prohibición de disponer no tenía limitada su poder de disposición el acto fue válido y debe acceder al Registro a pesar de la prioridad registral de la prohibición de disponer, aunque se entiende que la inscripción del acto anterior no implica la cancelación de la propia prohibición de disponer, sino que esta debe arrastrarse; — Las adoptadas en los procedimientos penales y administrativos lo que quieren garantizar es el cumplimiento de intereses públicos o evitar la defraudación del resultado de la sentencia penal o las responsabilidades que de ella puedan derivar. Debe, en consecuencia, prevalecer el principio de prioridad establecido en el artículo 17.

En el presente caso, se trata de una anotación preventiva de prohibición de disponer en procedimiento civil. En estos casos y según la resolución de 28 de enero de 2016, las prohibiciones de disponer judiciales ordenadas en procesos civiles tienen su régimen jurídico en los mismos preceptos que las voluntarias, pero han de añadirse las normas procedimentales de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratándose de las anotaciones preventivas de prohibición de disponer que traigan su causa en procedimiento civiles (cfr. art. 26.2 de la Ley Hipotecaria con carácter general), el efecto de cierre registral, como se ha dicho, viene claramente determinado por el tenor del artículo 145 del Reglamento Hipotecario. De acuerdo con lo expuesto resulta claro que la presentación en el Registro de la Propiedad del mandamiento ordenando la prohibición de disponer es anterior no solo a la

posterior presentación de la escritura de aportación por ampliación de capital, sino incluso a la propia escritura, por lo que el defecto debe ser confirmado.

Resolución de 24-1-2018  
(BOE 6-2-2018)  
Registro de Jaén, número 1

#### RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: CIRCUNSTANCIAS BASADAS EN EL ESTADO CIVIL.

Como recientemente ha recordado la resolución de 15 de marzo de 2017: «Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y de las resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., por todas, las resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011, y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Este Centro Directivo ha entendido reiteradamente (cfr. resoluciones de 20 de febrero de 1985, 16 de noviembre de 1994 y 7 de marzo de 2011), que respecto de esta materia, en caso de que el supuesto error afecte a las circunstancias del estado civil de la persona y a los efectos del Registro de la Propiedad, debe establecerse una distinción neta entre los casos en los cuales se trata tan solo de completar la identificación de la persona que adquiere el bien de que se trate —cfr. artículos 9 de la Ley Hipotecaria, 51.9.a a) del Reglamento Hipotecario y 159 del Reglamento Notarial—, de modo que el estado civil se expresará por lo que resulte de las manifestaciones del otorgante, y aquellos otros casos en los que, por resultar afectada la titularidad previamente inscrita, es necesario acreditar tal circunstancia.

Así ocurre en el supuesto que da lugar a la presente en el que se pretende la rectificación del contenido del Registro sin que las personas a quienes el asiento atribuye una determinada posición jurídica (cónyuge del titular registral sobre el bien inscrito como presuntivamente ganancial), hayan prestado el consentimiento o hayan disfrutado en un procedimiento judicial de la posición jurídica prevista en el ordenamiento. Se presume en consecuencia que el bien inscrito como presuntivamente ganancial pertenece a su titular bajo el régimen jurídico de la sociedad de gananciales.

Cuando la rectificación se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes y auténticos, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, no es necesaria la aplicación del artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, pues bastará para llevar a cabo la subsanación tabular la mera petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren y acrediten el error padecido. En aplicación de esta doctrina este

Centro Directivo ha aceptado la rectificación del contenido del Registro, y del carácter ganancial del bien, cuando de la documentación aportada ha resultado, indubitadamente, que el bien carecía de la cualidad publicada por el Registro de la Propiedad. A fin de justificar el supuesto error del Registro, tributario del padecido en el citado título de adquisición, aporta y queda incorporada a la escritura calificada una certificación de fe de vida y estado expedida el día 21 de octubre de 2014 por el Registro Civil de Jaén en el que consta su soltería. La prueba de la soltería a los efectos de rectificar la inscripción del titular registral en el Registro de la Propiedad requeriría como condición necesaria (sin que ahora se prejuzgue su suficiencia) certificación de nacimiento en que no se refleje nota marginal alguna de referencia a otra de matrimonio de la persona. Las citadas certificaciones de fe de vida y estado no constituyen medios de prueba absoluta, sino que gozan de un limitado valor de simple presunción, ni son independientes de la voluntad del interesado, pues precisamente se apoyan en la nuda declaración del solicitante para su obtención.

Resolución de 29-1-2018  
(BOE 13-2-2018)  
Registro de Cambados.

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: BIENES INSCRITOS A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DE AQUELLA CONTRA LA QUE SE DIRIGE EL PROCEDIMIENTO.**

Conforme a la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr. las resoluciones citadas en los «Vistos»), al tratarse de un mandamiento de embargo sobre finca que aparece inscrita a favor de una persona que no es la persona demandada como deudora procede, en consecuencia, la denegación de la anotación solicitada, por aplicación de los principios de tracto sucesivo y legitimación (cfr. arts. 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 140.1.a del Reglamento para su ejecución). El necesario cumplimiento del principio de tracto sucesivo debe ser calificado por el registrador en su nota de calificación, incluso al tratarse de un documento judicial, al suponer —dicha falta de tracto— un obstáculo que surge del registro y que impida la inscripción, tal y como se recoge en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

La posibilidad de embargar bienes de sociedades de capital —por tanto no solo con personalidad propia sino con limitación de responsabilidad a las aportaciones efectuadas— por deudas de los socios que la integran, exige acudir a la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica. En el presente supuesto, por diligencia de ordenación de fecha 8 de junio de 2016 se acordó dar traslado a la mercantil titular registral «Dikymojamin, S.L.» de la traba sobre la cuota de participación de que es titular haciéndole saber que si en el plazo de cinco días no comparece o no da razones se mantendrá el embargo acordado, a no ser que las partes dentro del mismo plazo hayan manifestado su conformidad en que no se realice el embargo. La sociedad titular registral ha sido por tanto emplazada en la forma prevista en el apartado segundo del artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin haber manifestado oposición. Desde el punto de vista registral instado un procedimiento civil de ejecución en la que ha sido demandada persona distinta del titular registral, no tratándose de un supuesto de transmisión universal, y no habiendo pronunciamiento judicial previo de levantamiento del velo, lo adecuado es la suspensión o denegación, por aplicación

de los artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 105 de su Reglamento, aunque se haya producido la notificación al titular registral *ex* artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no se haya acompañado certificación registral, debiendo la propia nota de denegación servir a estos efectos.

Resolución de 29-1-2018  
(BOE 13-2-2018)  
Registro de A Coruña, número 3

**HERENCIA: APLICABILIDAD DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1057.3 DEL CÓDIGO CIVIL A LA HERENCIAS SUJETAS AL DERECHO FORAL GALLEGO.**

La modificación legal operada a través de la modificación del artículo 1057.2 del Código Civil obedece a la voluntad de racionalizar nuestro sistema procesal, evitando la necesidad de iniciar un proceso judicial que iba a materializarse en la designación de un contador-partidor dativo por el órgano jurisdiccional para que efectuara la partición, permitiendo que esta solución se opere en la vía extrajudicial con la intervención notarial. La materialización a través de la modificación del Código Civil, no evita el carácter procesal del procedimiento, por lo que no se debe impedir el acceso a esta posibilidad de aquellos cuya ley personal determina la sujeción a legislaciones forales, que en ningún caso tienen competencias sobre cuestiones procesales.

La Ley 2/2006 de Derecho civil de Galicia señala en su artículo 270.2.o que la partición de la herencia puede realizarse, entre otras formas, por el contador-partidor, en cualquiera de los casos admitidos por la ley. La Ley de Derecho civil de Galicia señala en su artículo 1.3 que en defecto de ley y costumbres gallegas, será de aplicación con carácter supletorio el Derecho civil general del Estado, cuando no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego. El nuevo procedimiento del artículo 1057.2 del Código Civil en modo alguno contraviene principios o pautas del ordenamiento jurídico gallego, sino que es perfectamente congruente con él, y complementario como legislación supletoria.

Es clara la distinta naturaleza y alcance de las particiones por mayoría del Derecho civil gallego y la partición por contador-partidor dativo del artículo 1057.2 del Código Civil. En consecuencia, la exclusión de esta última norma en Galicia, privaría a los interesados de un mecanismo legalmente establecido para la defensa de sus derechos, propios de la jurisdicción voluntaria como alternativa a la directa partición judicial de la jurisdicción contenciosa, lo que es claramente contrario al espíritu de las recientes reformas.

Resolución de 30-1-2018  
(BOE 13-2-2018)  
Registro de Sepúlveda-Riaza.

**EXPEDIENTE JUDICIAL DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.**

Debe partirse de la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») en virtud de la cual el auto recaído en expediente de

dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada a favor del promotor. Esta excepcionalidad justifica una comprobación minuciosa por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos y exigencias legalmente prevenidas, a fin de evitar la utilización de este cauce para la vulneración o indebida apropiación de derechos de terceros, o para la elusión de las obligaciones fiscales (las inherentes a las transmisiones intermedias, etc.). Se impone por tanto una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que solo cuando efectivamente concurra esta hipótesis y así resulte del auto calificado, puede accederse a la inscripción.

Como se ha reiterado por esta Dirección General, no hay verdadera interrupción del tracto cuando los promotores adquirieron del titular registral o de sus herederos. Esta doctrina, además, ha sido elevada a rango legal por la Ley 13/2015, de 24 de junio, que da nueva redacción al artículo 208 de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, las resoluciones de 14 de abril y 10 de noviembre de 2016, matizaron esta doctrina para los casos en los que el promotor del expediente adquirió, no de todos, sino solo de alguno o algunos de los herederos del titular registral. Debe recordarse igualmente la doctrina de este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 19 de septiembre y 7 de diciembre de 2012 o 24 de marzo de 2015) que admite el expediente de dominio, incluso en aquellos casos donde no hay verdadera ruptura de tracto, cuando la obtención de la titulación ordinaria revista una extraordinaria dificultad, que daría lugar a formalismos inadecuados.

La escritura pública no es el único título formal en el que puede declararse la existencia de edificaciones para su constancia registral, sino que basta que se hagan constar «en los títulos referentes al inmueble», y de entre tales títulos no cabe excluir al auto judicial recaído en un expediente de dominio (...) Todo ello sin perjuicio de la exigencia de cumplimiento de los demás requisitos exigidos en cada caso por la Ley de Suelo y en su caso, por la Ley de Ordenación de la Edificación.

Resolución de 30-1-2018  
(BOE 13-2-2018)  
Registro de Cangas.

#### **DOCUMENTOS JUDICIALES: DETERMINACIÓN DE LOS ASIENTOS QUE HAN DE SER CANCELADOS.**

Si con la presentación del documento judicial se pretende la cancelación de asientos vigentes en el Registro debe especificarse en el mismo qué asiento o asientos han de ser objeto de cancelación. Estas afirmaciones se justifican porque, como repetidamente ha afirmado esta Dirección General, no incumbe al registrador determinar cuál es el alcance de los efectos producidos por la sentencia presentada. Es cierto, como ha señalado este Centro Directivo (*vid.*, resolución de 21 de noviembre de 2012), que no debe caerse en un rigor formalista injustificado si por estar debidamente identificada en la sentencia la finca a que se refiere el pronunciamiento, el documento que recoge el negocio objeto de declaración de nulidad así como las partes intervinientes, de modo coincidente con el contenido del Registro, no cabe albergar duda sobre su alcance cancelatorio.

El hecho de que con posterioridad a la inscripción de la permuta, la mercantil «Choupana 2006, S.L.» haya procedido a la agrupación de la indicada registral 26.858 con otras dos fincas de la misma entidad, pasando a formar la finca 27.162, no es obstáculo para proceder a inscribir la sentencia, cancelándose la inscripción correspondiente de la permuta, así como los asientos posteriores, por cuanto no consta en el presente expediente la existencia de derechos inscritos o anotados con posterioridad a favor de terceros, que no hubieran sido emplazados debidamente, siendo este supuesto diferente al contemplado por este Centro Directivo en resolución de fecha 24 de mayo de 2017, que cita la registradora en su nota de calificación, ya que en el supuesto contemplado en esa resolución existían titulares de dominio y cargas posteriores que no fueron demandados y no se había tomado con anterioridad anotación preventiva de demanda.

Resolución de 31-1-2018

(BOE 13-2-2018)

Registro de Vélez-Málaga, número 1.

#### ACTO DE CONCILIACIÓN ANTE EL REGISTRADOR: ALCANCE Y REQUISITOS DEL ARTÍCULO 103 BIS LH.

La regulación del nuevo artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria no resulta tan detallada como la de la conciliación ante el letrado de la Administración de Justicia; por ello se hace preciso acudir a la regulación de la Ley 15/2015, para integrar la laguna legal. La conciliación es, por tanto, un medio de evitar un litigio, en el que, a diferencia de la mediación, el funcionario público que concilia puede aproximar las posiciones de los interesados para conseguir que lleguen a un acuerdo, incluso formulando una propuesta de resolución conforme con el ordenamiento jurídico, que podrá (o no) ser aceptada por los interesados. No obstante, a diferencia del arbitraje o del proceso judicial, son estos los que en definitiva ponen fin al conflicto, cediendo en sus respectivas pretensiones, sin que la solución a dicho conflicto sea impuesta por quien concilia.

Respecto a su naturaleza jurídica, la doctrina se ha dividido entre quienes estiman que la conciliación es un auténtico proceso, los que lo encuadran en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, o los que consideran que se trata de un auténtico contrato. La regulación establecida por la Ley 15/2015 parece que también se inclina por esta tesis contractualista. Así, por ejemplo, el artículo 147.1 afirma que «lo convenido tendrá el valor y la eficacia de un convenio», y el artículo 148.1 dispone: «Contra lo convenido en el acto de conciliación solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos».

La referencia al registro que sea de su competencia debe entenderse en el sentido de que deberá respetarse la competencia objetiva y territorial correspondiente al registrador ante el que se solicita la conciliación. Por tanto, esta solo podrá versar sobre controversias que guarden relación con la competencia funcional y territorial del registrador. En el caso de este recurso, nos encontramos ante una controversia que afecta a dos fincas pertenecientes al distrito hipotecario del Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga número 1, identificadas en la solicitud, por lo que es indudable que se ha respetado la competencia territorial del registrador ante el que se ha solicitado la conciliación.

No es lo determinante para fijar la competencia del registrador en la conciliación la circunstancia de que el acuerdo que se alcance pudiera derivar

en una mutación jurídico real en el Registro, pues no lo contempla así el precepto. Por lo que debe estimarse incorrecta la afirmación de la nota de calificación de que «para que la conciliación pueda admitirse por el registrador debe de versar sobre materia, hechos o actos inscribibles».

Dado que la conciliación no tiene por qué conllevar necesariamente la inscripción de lo en ella acordado (según se ha expuesto en el fundamento anterior), no serán exigibles tales requisitos hasta tanto no se pretenda la inscripción del acuerdo que, en su caso, se alcance, momento en el que deberán presentarse los documentos correspondientes iniciando un nuevo procedimiento registral en el que el registrador calificará la documentación y practicará la inscripción que proceda en cada caso si se cumplen todos los requisitos necesarios para inscribir. En definitiva, no cabe confundir el carácter inscribible del acto o negocio a que se pudiera referir la pretensión, con las formalidades necesarias para inscribir el acuerdo que eventualmente se alcance que deberán ser necesariamente observadas (conforme a los preceptos citados, en especial el artículo 3 de la Ley Hipotecaria), ya que la competencia para conocer del acto de conciliación no se extiende con carácter general a la autorización de los documentos públicos inscribibles que fueran necesarios para la inscripción del acuerdo alcanzado, salvo los excepcionales supuestos en que ello pudiera entrar en la competencia del registrador, como por ejemplo, pudiera ocurrir en los supuestos de doble inmatriculación (cfr. art. 209 de la Ley Hipotecaria).

Por todo ello, toda vez que no son exigibles los requisitos propios de la inscripción al tiempo de solicitar la conciliación, es preciso acudir a los artículos 14 y 141 de la Ley 15/2015 para determinar las formalidades de dicha solicitud de conciliación, a falta de una regulación específica del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 31-1-2018  
(BOE 13-2-2018)  
Registro de Cartagena, número 3

#### **INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.**

El artículo 205 de la Ley Hipotecaria establece que «el Registrador deberá verificar la falta de previa inscripción de la finca a favor de persona alguna y no habrá de tener dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras que hubiesen sido previamente inmatriculadas». Partiendo de la documentación aportada tanto notarial como catastral, y la situación geográfica de las fincas en cuestión, en la que resulta objeto de inmatriculación concurren todos los requisitos exigidos por la Ley: plena coincidencia de las descripciones de la finca en el título inmatriculador y en el previo al mismo, así como en las certificaciones catastrales, descriptivas y gráficas incorporadas a las escrituras. 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.

De lo expuesto, este Centro Directivo no puede sino concluir que las dudas de la registradora están suficientemente fundadas en cuanto a la registral 37.422 de Fuente Álamo de Murcia, y que por tanto, el defecto ha de ser



confirmado. No sucede lo mismo con las restantes fincas enumeradas en la calificación.

Debe recordarse que este Centro Directivo, en su resolución de 17 de noviembre de 2015, ya consideró que «cuando la disposición derogatoria única de la Ley 13/2015, de 24 de junio, dispone que “quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo previsto en la presente Ley”, ha de interpretarse que deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos del Título VI del Reglamento Hipotecario, los cuales fueron dictados en ejecución del anterior Título VI de la Ley Hipotecaria, pues la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada, y basada en principios inspiradores totalmente diferentes de los que dieron cobertura en su día a los artículos reglamentarios que, ahora, por ello, han de entenderse íntegramente derogados a partir del 1 de noviembre de 2015». Ya no cabe, en modo alguno, es la aplicación de lo dispuesto en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 1-2-2018

(BOE 14-2-2018)

Registro de Getafe, número 1

#### **HIPOTECA: CALIFICACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. PODER: INTERPRETACIÓN DEL 1713 DEL CÓDIGO CIVIL.**

Respecto del pacto de un interés remuneratorio fijo del 12% nominal anual, que el registrador considera abusivo y usurario al resultar desequilibrante en perjuicio de deudor en conjunción con los gastos y comisiones retenidas y notablemente superior al normal del mercado, debe señalarse, como ya hizo esta Dirección General, entre otras, en la resolución de 7 de abril de 2016 que, en principio, al constituir el interés ordinario o remuneratorio un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario oneroso, ya que determina la cuantía de la contraprestación del préstamo que es el objeto principal del contrato de préstamo oneroso, queda al margen tanto de la calificación registral como de la ponderación judicial, por corresponder a la iniciativa empresarial la fijación del interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador. Tal cláusula se encuentra sujeta a un doble control, el control de incorporación o de información previa ajustada a la normativa según el tenor del artículo 7.1 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y la Orden EHA 2899/2011, y el control de transparencia —cognoscibilidad o comprensibilidad real— que exige que la cláusula se encuentre redactada de manera clara y comprensible como exigen los artículos 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y 80.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Respecto del primero la respuesta debe ser afirmativa por cuanto se incorporan a la escritura de constitución de hipoteca tanto la oferta vinculante como la ficha de información personalizada que son los requisitos que impone a estos efectos la Orden EHA 2889/2011. Y en cuanto al segundo filtro, al tratarse de un interés fijo durante toda la duración del préstamo, pocas dudas puede plantear su comprensibilidad.

El control de los intereses ordinarios queda circunscrito, en consecuencia, al ámbito de las normas de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, que como tal también queda al margen de la calificación registral al exigir su apreciación la ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el

momento de su celebración, para poder determinar que el prestatario ha aceptado el tipo de interés por las circunstancias de angustia en que se encuentra, lo que tampoco cabe extraer de las afirmaciones del registrador calificante. Debe señalarse que no estamos ante un préstamo concedido por entidades de crédito, que ofertan bonificaciones al tipo de interés remuneratorio pactado si el prestatario suscribe con la entidad acreedora la prestación de una serie de servicios de fidelización; y obtienen el dinero, en la actual coyuntura económica, del Banco Central Europeo a muy bajo coste. Por tanto, en todo caso, la comparativa debe hacerse respecto del tipo de interés habitual en ese otro mercado de préstamos, al que las personas y las empresas tiene que acudir cuando las entidades de crédito, una vez analizada su solvencia, de acuerdo con los parámetros fijados por la normativa de la Unión Europea, rechazan su concesión por razón del riesgo de la operación.

El cobro de la denominada comisión de entrada debe admitirse siempre que se encuentre determinada en la escritura de constitución y/o en la información precontractual y no exista duplicidad con otra comisión; su legalidad ha sido reconocida por la Orden MEHA 2899/2011 (art. 3); su propia naturaleza implica el abono en el momento de la formalización del préstamo hipotecario y, por último, su imputabilidad al consumidor en cuanto obligado legal al pago de la misma. Ahora bien, no puede negarse que una cuantía del 14% del capital como comisión de apertura, constituye una cifra elevada y que podría encubrir un tipo de interés remuneratorio superior del que figura explicitado, por lo que no sería aventurado considerarla abusiva. Toda comisión debería responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria de un préstamo y, a su vez, estos servicios no se consideran remunerables con independencia del interés del préstamo.

En cuanto a la retención del 5,5% del capital concedido en concepto de provisión de fondos, es práctica habitual en los contratos de préstamo hipotecario que el acreedor retenga ciertas cantidades del préstamo para el pago precisamente de conceptos relativos a los gastos, comisiones e impuestos que la propia operación genera; por lo que no se puede hacer tacha alguna a esta retención ni a la cuantía de la misma siempre que los conceptos a que se refiere se encuentren debidamente identificados (como ocurre en este supuesto) y guarden relación con las operaciones asociadas al préstamo.

A los efectos que interesan en este recurso, debe distinguirse entre el concepto y alcance del apoderamiento o mandato concebido en términos generales (que solo autoriza para actos de administración), de aquel otro que abarca una generalidad de negocios jurídicos expresamente enumerados y perfectamente determinados; que es lo que ocurre en el poder objeto de este recurso (según se deduce de la reseña notarial): poder general con especificación de la facultad para hipotecar y sin restricción a esta facultad, al menos de lo que resulta de la reseña notarial. Por otra parte, también es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo según la cual en el caso de realización de actos de riguroso dominio no es necesario que el poder especifique los bienes sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas, siendo suficiente que se refiera genéricamente a los bienes del poderdante (cfr. sentencias de 20 de noviembre de 1989, 3 de noviembre de 1997, 6 de marzo de 2001, 10 de junio de 2010 y 15 de julio de 2013, entre otras), y bastando que el poder autorice al mandatario, de un modo expreso, para realizar los negocios jurídicos de que se trate.

Resolución de 1-2-2018  
(BOE 14-2-2018)  
Registro de Hoyos.

**HERENCIA: NECESIDAD DE PROTOCOLIZAR LA PARTICIÓN JUDICIAL CONCLUIDA SIN OPOSICIÓN.**

Con carácter previo es preciso reiterar, una vez más, que el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

El procedimiento especial de división de herencia tiene por objeto llevar a cabo la partición cuando, a falta de la llevada a cabo por el testador o por el contador-partidor designado testamentariamente, no existe acuerdo entre los llamados a la sucesión sobre la forma de realizarla o sobre la solicitud de designación de un contador-partidor. No debe confundirse este supuesto con aquél otro en el que las partes, llegando a un acuerdo ajeno a la propuesta del contador o anterior a que esta se produzca, ponen fin al procedimiento especial iniciado.

Como ha tenido ocasión de señalar este Centro Directivo, en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública, por aplicación del artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición, viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este criterio, además, es compartido unánimemente por la doctrina, para quienes la referencia a la sentencia firme contenida en el artículo 14 de la Ley Hipotecaria se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición.

Resolución de 5-2-2018  
(BOE 14-2-2018)  
Registro de Navalcarnero, número 2

**PROPIEDAD HORIZONTAL: PLANTA DE GARAJE DISTRIBUIDA EN CUOTAS CON ADSCRIPCIÓN DE USO.**

De manera muy somera, el local sobre el que se produce la transmisión quedó configurado dentro de un edificio sometido a un régimen de propiedad horizontal en el año 1995, estableciéndose un número de plazas y un croquis de distribución al tiempo del otorgamiento de la escritura de obra nueva y división horizontal. En años sucesivos, se procedió a la enajenación de varias cuotas del indicado garaje, adscribiendo cada una de ellas a una plaza de aparcamiento concreta, pero sin especificar la superficie en que ello quedaba concretado. Teniendo en consideración el artículo 68 del Reglamento Hipotecario en la redacción vigente en dicho momento temporal, la operación resultaba perfectamente ajustada a Derecho.

No cabe duda de que el paso de un régimen comunitario como el configurado en la propiedad horizontal que nos atañe —con mera transmisión de cuotas y señalamiento de un número de plaza de garaje— a otro en el que se deben especificar los metros ocupados por dicho espacio así como sus linderos y en

su caso los de la zonas comunes implica un cambio esencial en la naturaleza de la comunidad entre ellos generada. Este cambio, por ende, debe ser autorizado por todos y cada uno de los partícipes integrantes de dicha comunidad, por lo que la exigencia de la unanimidad que ampara el artículo 397 de nuestro Código Civil para una alteración jurídica y física de tal naturaleza es adecuada y por ello el defecto debe ser confirmado. No obstante, la transmisión de la cuota y la concreción en un plaza de aparcamiento puede acceder al Registro en los mismos términos y con las mismas consecuencias que acaeció con anterioridad para las plazas anteriores.

En cuanto a la necesidad de aportar un plano debidamente legitimado en lo relativo a su autoría, la finalidad de dicha representación gráfica, si bien resulta aconsejable por facilitar la distribución del elemento destinado a garajes, su falta de incorporación tampoco impide el debido despacho e inscripción del documento, puesto que tal y como ha quedado expresado, basta con la fijación de una cuota y el señalamiento de un número de plaza de aparcamiento para su acceso al Registro, con los límites y efectos antes señalados.

Resolución de 5-2-2018  
(BOE 14-2-2018)  
Registro de Esplugues de Llobregat.

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: BIENES INSCRITOS A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DE AQUELLA CONTRA LA QUE SE DIRIGE EL PROCEDIMIENTO.**

Se acompañan al escrito de recurso diversos documentos que no fueron debidamente presentados en el Registro en el momento de emitir el registrador su calificación por lo que de la misma forma que este no ha tenido tal información o documentación para analizar el caso, tampoco pueden ser tenidos en cuenta para la resolución de este recurso conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de la posibilidad de su posterior presentación, a fin de procederse a una nueva calificación.

De los principios de legitimación registral y de tracto sucesivo resulta que para practicar cualquier asiento nuevo o para rectificar el vigente es indispensable que se cuente bien con el consentimiento de su titular, bien con una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que este haya sido parte, de lo contrario surge un obstáculo del mismo Registro que impide que se proceda como se solicita. Conforme a la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr. las resoluciones citadas en los «Vistos»), al tratarse de un mandamiento de embargo sobre finca que aparece inscrita a favor de una persona que no es la persona demandada como deudora procede, en consecuencia, la denegación de la anotación solicitada, por aplicación de los principios de tracto sucesivo y legitimación (cfr. arts. 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 140.1.<sup>a</sup> del Reglamento para su ejecución).

La posibilidad de embargar bienes de sociedades de capital —por tanto no solo con personalidad propia sino con limitación de responsabilidad a las aportaciones efectuadas— por deudas de los socios que la integran, exige acudir a la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica. En el presente supuesto, por diligencia de ordenación de fecha 8 de junio de 2016 se acordó dar traslado a la mercantil titular registral «Dikymojamin, S.L.» de la traba sobre la cuota de participación de que es titular haciéndole saber que si en el plazo de

cinco días no comparece o no da razones se mantendrá el embargo acordado, a no ser que las partes dentro del mismo plazo hayan manifestado su conformidad en que no se realice el embargo. La sociedad titular registral ha sido por tanto emplazada en la forma prevista en el apartado segundo del artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin haber manifestado oposición. Desde el punto de vista registral instado un procedimiento civil de ejecución en la que ha sido demandada persona distinta del titular registral, no tratándose de un supuesto de transmisión universal, y no habiendo pronunciamiento judicial previo de levantamiento del velo, lo adecuado es la suspensión o denegación, por aplicación de los artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 105 de su Reglamento, aunque se haya producido la notificación al titular registral *ex* artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no se haya acompañado certificación registral, debiendo la propia nota de denegación servir a estos efectos.

En el presente caso y desde el punto de vista registral instado un procedimiento civil de ejecución en la que ha sido demandada persona distinta del titular registral, no tratándose de un supuesto de transmisión universal, y no habiendo pronunciamiento judicial previo de levantamiento del velo, lo adecuado es la denegación, por aplicación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, ya que no existe un precepto similar al que en el ámbito penal sanciona el artículo 20, párrafo último, anteriormente expuesto.

Resolución de 6-2-2018

(BOE 14-2-2018)

Registro de Icod de los Vinos.

#### EXPEDIENTE DEL ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El apartado 2 del artículo 199 remite, en caso de tratarse de una representación gráfica alternativa a la catastral, a la misma tramitación de su apartado 1, con la particularidad de que han de ser notificados los titulares catastrales colindantes afectados. La aportación de un informe de validación catastral es suficiente para cumplir los requisitos técnicos que permiten la inscripción en el Registro de la representación gráfica y la remisión de la información correspondiente para su incorporación al Catastro, y ello con independencia de que el resultado de tal validación sea o no positivo. Por tanto, la consecuencia de que el resultado del informe de validación sea negativo no debe conllevar, por este solo hecho, la denegación de la inscripción de la representación gráfica.

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. A los efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, el registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles.

Según el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, corresponde al registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio. Ahora bien, como ha reiterado este Centro Directivo, la dicción de esta norma no puede entenderse en el sentido de que no sean tenidas en cuenta tales

alegaciones para formar el juicio del registrador; más aún cuando tales alegaciones se fundamentan en informe técnico, tal y como ocurre en el caso que nos ocupa. En cuanto a la alegación del recurrente relativa a la falta de acreditación de la condición de heredero del titular catastral por quien se opone, corresponde al registrador valorar la legitimación del mismo para intervenir en el procedimiento, sin que proceda en este trámite exigir los requisitos que corresponderían en caso de pretenderse la inscripción la sucesión causada.

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 claramente identificadas y fundamentadas las dudas del registrador en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes, con posible invasión de las mismas.

Resolución de 7-2-2018  
(BOE 22-2-2018)  
Registro de Manzanares.

#### EXPEDIENTE 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 georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. Resulta improcedente la afirmación del recurrente relativa a que no se ha solicitado la rectificación de la descripción literaria, ya que, toda vez que se ha solicitado expresamente la inscripción de la representación gráfica de la finca, aquella es consecuencia directa de esta. También debe afirmarse que es correcta la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, ya que se ha solicitado expresamente la inscripción de la representación gráfica y es este el procedimiento previsto en la Ley Hipotecaria con esta finalidad tal y como resulta de los artículos 9.b), 198 y 199 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, carece de sentido generalizar tales trámites cuando de la calificación registral de la representación gráfica no resulta afectado colindante alguno. De ahí que del propio tenor del artículo 9 se deduce la posibilidad de inscripción de representación gráfica sin tramitación previa de dicho procedimiento, en los supuestos en los que no existan diferencias superficiales o estas no superen el límite máximo del 10% de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes. Por todo ello, 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.

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 en 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. A los efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, el registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles. Según el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, corresponde al registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio. Ahora bien, como ha reiterado este Centro Directivo, la dicción de esta norma no puede entenderse en el sentido de que no sean tenidas en cuenta tales alegaciones para formar el juicio del registrador.

En cuanto a la alegación del recurrente relativa a la falta de acreditación de la condición de titular de quien se opone, corresponde al registrador valorar la legitimación del mismo para intervenir en el procedimiento, sin que proceda en este trámite exigir los requisitos que corresponderían en caso de pretenderse la inscripción la sucesión causada.

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 claramente identificadas y fundamentadas las dudas del registrador en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes, con posible invasión de las mismas.

Resolución de 15-2-2018

(BOE 27-2-2018)

Registro de Esplugues de Llobregat.

#### PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Conforme doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo en la sentencias relacionadas en «Vistos», que el registrador tiene, sobre las resoluciones judiciales, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión proscrita, como se ha dicho, por nuestra Constitución (cfr. art. 24 de la Constitución Española y 100 del RH).

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial. Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Por eso parece razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, al efecto de calificación registral del tracto sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos; pero considerar suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia. Por otro lado las peculiaridades derivadas de la presentación de una demanda contra una herencia yacente no impide la necesidad de procurar

la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio como paso previo a una posterior declaración en rebeldía.

En el supuesto de este expediente del mandamiento presentado y objeto de calificación resulta que el llamamiento a los desconocidos herederos es genérico y no consta la forma en que se hayan producido las notificaciones a esos herederos indeterminados, ni si se ha llevado a cabo una investigación razonable.

Resolución de 15-2-2018  
(BOE 27-2-2018)  
Registro de Coria.

**CONJUNTOS INMOBILIARIOS: DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA Y DIVISIÓN HORIZONTAL SOBRE UN SOLAR QUE ES ELEMENTO PRIVATIVO DE OTRA PROPIEDAD HORIZONTAL.**

Comenzando por el primer defecto de la nota, el mismo se centra en que, para el registrador, la construcción de un edificio plurifamiliar, compuesto por cuatro viviendas, en un solar que forma parte de una finca constituida en régimen de propiedad horizontal, sin la previa desafectación del vuelo como elemento común, y sin reserva alguna del derecho de vuelo a favor de dicho solar, no sería susceptible de inscripción, dado que al constituirse la propiedad horizontal no se configuró el derecho de vuelo de otra forma, siendo evidentemente elemento común. La realidad práctica nos muestra figuras muy diversas que se apartan de la propiedad horizontal clásica (un solo edificio sobre un solo solar y con un solo portal), entre las que se comprenden supuestos tales como las propiedades horizontales complejas (pluralidad de escaleras o portales sobre unos sótanos y bajos comunes), los centros comerciales con o sin viviendas en sus plantas superiores, los edificios encabalgados, las urbanizaciones privadas con viviendas unifamiliares, los conjuntos edificatorios en hilera, los conjuntos de viviendas pareadas, etc.

En efecto, el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal al describirlos exige tan solo dos rasgos definitorios: la existencia de pluralidad de edificaciones o de pluralidad de parcelas con destino a viviendas o locales e independientes entre sí (elementos privativos) y la existencia de una copropiedad de esos elementos independientes sobre otros elementos inmobiliarios, viales o servicios (elementos comunes). Y a estos dos rasgos de carácter material se añade otro elemento inmaterial: la organización de la que se dota al complejo. La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2008 define los complejos inmobiliarios, conforme a la llamada Carta de Roma aprobada en el V Congreso Internacional de Derecho Registral del año 1982, según la cual se caracterizan los complejos inmobiliarios «por la existencia de una pluralidad de inmuebles conectados entre sí, a través de elementos o servicios comunes, o de un régimen de limitaciones y deberes entre los mismos, con vocación de pertenecer a una multiplicidad de titulares para la consecución y mantenimiento de intereses generales y particulares de los partícipes», añadiendo la propia sentencia que «según la doctrina científica, la caracterización de los conjuntos inmobiliarios a que se refiere la LPH, es, pues, la existencia de una pluralidad de fincas ligadas por un punto de conexión cifrado en la titularidad compartida, inherente a los derechos privativos sobre cada una de ellas, de elementos inmobiliarios de utilidad común, viales, instalaciones o servicios». Más recientemente, en el último párrafo



del artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana se fijan igualmente los parámetros a qué atenerse para determinar cuándo una edificación ha de ser considerada como un conjunto inmobiliario, privado, no exigiendo ya el destino a vivienda o local a que alude el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal.

El régimen de la propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código Civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo y el vuelo como elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Bajo el calificativo de «tumbada» que se aplica a la propiedad horizontal suelen cobijarse (indebidamente), situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con fincas o edificaciones jurídica y físicamente independientes, pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades horizontales en las que el suelo es elemento común y a las que se atribuye dicho adjetivo tan solo en razón de la distribución de los elementos que la integran que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal.

La entidad número cinco —un solar, algo que tiene relevancia, como se indicará más adelante— se crea, modificándose para ello el título constitutivo de la propiedad horizontal por el único propietario en aquel momento, con un único destino, cual es la ulterior construcción sobre aquel de un edificio de cuatro viviendas unifamiliares, por lo que la problemática queda por completo al margen de la existencia de una reserva de un derecho de vuelo sobre un elemento común, puesto que en este caso se ejercitaría no sobre una edificación, sino sobre suelo propio y no ajeno (ello al margen de la ya antigua discusión doctrinal acerca de la posibilidad de derechos reales limitados sobre cosa propia), de modo que lo que vendría a implicar la ulterior edificación es un mero ejercicio de facultades inherentes al dominio. Se impone por consiguiente, y a la vista de las razones expuestas, la revocación de este primer defecto indicado en la nota de calificación.

Según el segundo defecto expresado en su calificación el registrador considera que la justificación formal del acuerdo adoptado por la comunidad de propietarios en relación con la operación documentada no es completa, al no acreditarse debidamente las facultades del certificador. Hay que convenir que la justificación formal del acuerdo que se reseña en la escritura es claramente incompleta, pues no se acreditan debidamente las facultades del certificador, bien mediante testimonio notarial del contenido del libro de actas o certificación expedida en forma por quien haya de hacerlo y tenga cargo vigente (resoluciones de este Centro Directivo de 23 de junio de 2001, 25 de mayo de 2005, 20 de abril de 2006 y 5 de junio de 2015 entre otras). Se impone, pues, la confirmación de este defecto.

Según el último defecto recurrido (quinto de la nota), la declaración de obra nueva sobre un elemento privativo, construyéndose cuatro elementos nuevos, y su constitución en división horizontal, conlleva necesariamente la modificación del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal del que forma parte el repetido elemento privativo. Es indudable que con la declaración de obra nueva y división horizontal formalizada sobre la entidad cinco se ha originado una propiedad horizontal integrada dentro de otra (subcomunidad), y que no hubiera estado de más una mayor precisión al formalizarse la desafectación de ese inicial elemento común en un elemento privativo al que se le marca un destino claro y determinado, obteniéndose después las preceptivas autorizaciones administrativas —que no se han cuestionado en ningún momento— para proceder a la edificación. Lo que ocurre es que negando la premisa de que lo que se

vaya a edificar sobre la entidad cinco siga la pretendida condición común de un vuelo que tampoco puede entenderse sea común, no se ve la razón de exigir una expresa declaración de conformidad por parte de los titulares de la propiedad horizontal en su conjunto, toda vez que en los documentos otorgados e inscritos —publicados— antes de 2017 se prefija claramente la posible actividad ulterior por parte del propietario de la entidad cinco, de modo que la publicidad registral ha de desplegar sus efectos, al venir proclamando registralmente esa modificación de la propiedad horizontal inicialmente constituida por quien en su día pudo acordarla *per se*. Por lo demás, esa mayor precisión documental que hubiera sido deseable tanto en la configuración como en la regulación del derecho y de la situación jurídico-real creada es una cuestión que escapa del ámbito de esta resolución, y que no puede alterar las conclusiones de la misma. Por todo lo expuesto, el defecto ha de ser revocado.

Resolución de 15-2-2018  
(BOE 27-2-2018)  
Registro de Oliva.

#### **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 directa 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.

Resolución de 16-2-2018  
(BOE 27-2-2018)  
Registro de Lorca, número 1

#### 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 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).

Como bien dice la registradora en su informe, el propio Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 29 de enero de 1996 que «habría que dilucidar cuál es la autoridad que se ha de dar a las resoluciones de la citada Dirección General y, en ese sentido, las sentencias de 22 de abril de 1987 y 15 de marzo de 1991, establecieron que si bien la doctrina de las mismas no es propiamente jurisprudencia dado el carácter administrativo del Centro, sin embargo es usual concederles una reconocida autoridad y sobre todo en los casos en que ninguna otra doctrina o norma se aducen en contra de la opinión fundada de dicho Centro».

Resolución de 16-2-2018  
(BOE 27-2-2018)  
Registro de Barcelona, número 4

#### HIPOTECA: CÓMPUTO DE LOS CINCO AÑOS DEL ARTÍCULO 114 DE LA LH.

Tal como ha sido formulado en la nota de calificación recurrida, lo que impide entrar a valorar en este recurso otras posibles consideraciones, el defecto relativo

a la extensión de la garantía hipotecaria respecto de los intereses ordinarios y moratorios no puede ser confirmado porque, admitida por este Centro Directivo la cobertura hipotecaria de los intereses, aun cuando estén sujetos a una cláusula de revisión, no hay ninguna razón para entender que la cobertura hipotecaria de cada uno, al tener distinta naturaleza jurídica (los ordinarios constituyen una obligación de presente y los moratorios una obligación futura en el sentido que no se sabe si llegarán a devengarse) y responder a distinta causa, no pueda exceder de la cantidad que resulte de aplicar al capital del préstamo los tres años aplicables por defecto según el artículo 114 de la Ley Hipotecaria y el tipo máximo pactado para cada concepto de intereses, alcanzado, en sus respectivos supuestos, el límite de cinco años de forma autónoma y no conjunta.

Resolución de 19-2-2018

(BOE 7-3-2018)

Registro de Elche, número 3

**DIVISIÓN DE FINCA: APLICACIÓN TEMPORAL DE LA NORMATIVA URBANÍSTICA. FINCA REGISTRAL: NATURALEZA RÚSTICA O URBANA. UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: ARTÍCULO 80 RD 1093/97.**

Este Centro Directivo interpretando la jurisprudencia del TC (*vid.*, resoluciones de 27 de enero y 23 de julio de 2012) ha venido señalando el problema de derecho intertemporal planteado por la presentación en el Registro en la actualidad, de una división o segregación realizada durante la vigencia de la regulación anterior; como sucede en el supuesto de hecho de este recurso, entendiendo que debe resolverse en el sentido de que la segregación es un acto jurídico cuya inscripción queda sujeta a los requisitos impuestos por las normas de carácter registral vigentes en el momento de presentar la escritura o la sentencia en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior —cfr. disposición transitoria cuarta del Código Civil—. No obstante, esta Dirección General en su resolución de fecha 17 de octubre de 2014 reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no solo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento. 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.

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. Pues, la aplicación analógica del artículo 28.4 de la Ley estatal a los actos de parcelación de suelo en relación con la norma temporalmente aplicable al tiempo de la presentación en el Registro, 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.

Es difícil, ciertamente, diferenciar lo rústico de lo urbano, cuando las leyes civiles, agrarias, fiscales y urbanísticas adoptan distintos criterios no siempre compartidos por doctrina y jurisprudencia [cfr., en la actualidad, el artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria]. La jurisprudencia civil, a la hora de resolver conflictos de esta naturaleza, no se ha visto vinculada por la clasificación urbanística del suelo, pues esta es una determinación de hecho, que constituye un factor indiciario más en la búsqueda de la interpretación legal. Desde el punto de vista del régimen urbanístico del suelo, puede afirmarse, conforme a la motivación de la Ley de Suelo, la evolución normativa y la doctrina mayoritaria, que no existe contradicción alguna entre el nuevo régimen estatal dual de situaciones básicas — rural y urbanizado—, y la triple clasificación prevista en la normativa supletoria estatal — texto refundido de 1976— y en la totalidad de las legislaciones autonómicas —urbano, urbanizable y no urbanizable—. Desde el punto de vista de la clasificación catastral de los inmuebles, el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, distingue entre inmuebles urbanos y rústicos. De esta definición puede apreciarse que la clasificación catastral de los inmuebles, en rústicos y urbanos, puede o no coincidir con la establecida por el planeamiento urbanístico. Desde el punto de vista de la legislación agraria, pueden encontrarse diversas normas tuitivas que aluden a las fincas rústicas, sin definir que debe entenderse por tales, sin embargo. Desde el punto de vista de la legislación urbanística competente, en este caso la valenciana, en el artículo 25 de la Ley 5/2014, establece que la ordenación estructural diferenciará: a) las zonas rurales; b) las zonas urbanizadas; y c) las zonas de nuevo desarrollo o expansión urbana.

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. Igualmente, conforme a los artículos 9.1 de la Ley Hipotecaria y 51.1 de su Reglamento el título ha de definir con precisión el objeto del derecho de propiedad y por tal motivo no basta con describir la finca como «rústica, hoy en parte urbana», si no se concreta o delimita cuál es la porción de terreno que tiene tal naturaleza, debiendo además precisarse además que tal consideración es a los solos efectos catastrales antes expuestos, ya que la totalidad de la finca se ubica en suelo con la consideración de rústico o utilizando la terminología del texto refundido de la Ley de Suelo, «situación básica de suelo rural».

En el presente expediente, puede deducirse el carácter rústico de la finca. Por ello, una adecuada descripción de la finca registral en los términos del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, impone en este caso, destacar el carácter rústico del inmueble, por su propia ubicación y emplazamiento, de acuerdo con su descripción registral y la propia certificación catastral, sin perjuicio de que pueda hacerse constar tanto la existencia de parcelas urbanas a efectos catastrales, como la propia calificación urbanística, que habría de acreditarse, en su caso, por certificación municipal, en este supuesto, suelo no urbanizable, presumiblemente. Por lo que en estos términos cabe confirmar el defecto expuesto por la registradora.

El último de los defectos a analizar, si bien relacionado con el anterior, se refiere a la exigencia de certificado de la Consellería de Medio Ambiente que admita la división por estar incluida en alguna de las excepciones de la normativa sobre unidades mínimas de cultivo. Corresponde a la Administración agraria apreciar la posible concurrencia de las excepciones reguladas en el actual artículo 25 de la Ley 19/1995, sin perjuicio de los recursos que el interesado pueda oponer contra la resolución administrativa que se dicte, y que permitirán, en caso de recurso contencioso-administrativo, la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad. Dicho control por parte de la Administración agraria autonómica, debe entenderse sin perjuicio, del control de legalidad urbanística por parte de la Administración municipal y autonómica. Resultando de la división documentada, parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo en la zona, debe iniciarse el procedimiento previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Resolución de 19-2-2018  
(BOE 7-3-2018)  
Registro de Corralejo.

#### OBRA NUEVA: LIBRO DEL EDIFICIO.

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que entró en vigor el 6 de mayo de 2000, previó que el Libro del Edificio, sea entregado a los usuarios finales del edificio. La Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, introdujo en el nuevo artículo 202 de la Ley Hipotecaria, relativo a la inscripción de edificaciones, la exigencia de que «salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, deberá aportarse para su archivo registral el Libro del Edificio, dejando constancia de ello en el folio real de la finca». Y en consonancia con ello, el nuevo artículo 9 establece que «la inscripción contendrá las circunstancias siguientes: a) (...) tratándose de edificaciones, expresión del archivo registral del libro del edificio, salvo que por su antigüedad no les fuera exigible». En desarrollo de dicha normativa de rango legal, y cumpliendo el mandato contenido en el nuevo artículo 10.6 de la Ley Hipotecaria, se dictó la resolución de 29 de octubre de 2015, 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, estableció los requisitos técnicos para este depósito.

Desde el punto de vista competencial, atendida la distinción entre normas de naturaleza registral (reguladoras netamente de requisitos de inscripción, y cuya competencia estatal no se discute) y normas de carácter material o sustantivo (materia en la que pueden tener aplicación preferente las normas autonómicas), en el caso particular del Libro del Edificio, este Centro Directivo declaró en su resolución de 17 de enero de 2017 que la norma material preferente es la autonómica, por lo que, por ejemplo, si esta limita la exigencia de Libro del Edificio a las edificaciones destinadas a vivienda, para inscribir la obra nueva de una nave industrial no puede exigirse la aportación del libro. La Comunidad Autónoma de Canarias, la cual no tiene normativa propia que dispense de la obligación sustantiva de confeccionar el referido Libro del Edificio.

Resolución de 19-2-2018  
(BOE 7-3-2018)  
Registro de Valencia, número 16

**CANCELACIÓN DE HIPOTECA: HIPOTECA INSCRITA A FAVOR DEL CESIONARIO DEL CRÉDITO SIENDO LA ESCRITURA DE CANCELACIÓN OTORGADA ANTES DE LA CESIÓN POR EL CEDENTE.**

Este Centro Directivo en la reciente resolución de 11 de diciembre de 2017, examinó el supuesto en el que el crédito hipotecario estaba extinguido por pago, documentado en forma pública mediante escritura de fecha 11 de mayo de 2012 en la que prestaba su consentimiento para la cancelación registral quien en aquella fecha era el titular registral («Banco CAM, S.A.U.»), si bien dicho documento no fue presentado al Registro hasta el día 3 de agosto de 2017, fecha en la que aparecía ya en el historial registral un nuevo titular («Banco de Sabadell, S.A.»). El defecto opuesto en aquella ocasión por la registradora, consistente en la falta de consentimiento a la cancelación de la actual titular registral de la hipoteca no fue confirmado por este Centro Directivo al entender que como consecuencia de la aludida subrogación por sucesión universal en todos los derechos y obligaciones de la entidad absorbida, la absorbente quedaba vinculada por todos los actos que hubiera realizado aquella, entre los que se encuentran la cancelación del crédito hipotecario previamente amortizado.

Sin embargo, en el caso objeto del presente expediente la causa de la titularidad registral del derecho de hipoteca a favor de «Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A.» no responde a una previa operación de modificación estructural de sociedades que haya determinado un fenómeno de traspaso en bloque o sucesión universal de patrimonios entre una entidad y su sucesora, como en el supuesto antes examinado de fusión por absorción. «Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A.» resulta ser titular del derecho de hipoteca en virtud de una cesión de créditos hipotecarios formalizada en escritura pública de fecha 7 de noviembre de 2013, es decir, en virtud de un negocio jurídico de transmisión de carácter no universal.

Por lo que resulta del expediente, con fecha 3 de julio de 2009 se formalizó escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca por el inicial acreedor, habiéndose formalizado la escritura de cesión de ese mismo crédito hipotecario a favor de «Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A.» mediante escritura de fecha 7 de noviembre de 2013. Es decir, al tiempo de formalizarse la cesión, el crédito estaba ya pagado. Conforme a la normativa civil e hipotecaria debe entenderse que todo pago realizado por el deudor al acreedor cedente con anterioridad a tener conocimiento de la cesión es plenamente válido y liberador.

El contenido del artículo 144 LH, de carácter general, debe ceder ante las normas especiales reguladoras de la cesión del crédito hipotecario. Este Centro Directivo ya manifestó (cfr. resolución de 6 de agosto de 2014) que, en la cesión de un crédito hipotecario, dada la accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito, lo relevante es la transmisión de este, por lo que deben hacerse prevalecer las normas sobre cesión de créditos frente a las que regulan la cesión de hipotecas.

Resolución de 20-2-2018  
(BOE 7-3-2018)  
Registro de Bilbao, número 6

**HIPOTECA: CONSTANCIA DEL CARÁCTER DE VIVIENDA HABITUAL.**

Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se formalizó un préstamo garantizado con hipoteca sobre dos fincas registrales independientes que se corresponden con una sola finca catastral señalada con el mismo número de la calle en que está ubicada. Y en la escritura se expresa que ambas fincas «constituyen una unidad funcional que ha sido adquirida para destinarla a vivienda habitual». La registradora de la propiedad suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, debe determinarse cuál de ambas fincas adquiridas es la vivienda habitual de los prestatarios, pues no consta en el Registro que sean una sola, por no haberse realizado la agrupación.

El artículo 21 de la Ley Hipotecaria dispone ahora en su nuevo apartado número 3 lo siguiente: «En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución». El mandato legal se extiende, por tanto, a cualquier hipoteca en garantía de préstamo constituida sobre vivienda respecto de la que exige una declaración formal sobre la atribución o no del carácter habitual a dicha vivienda. Es trascendente esta circunstancia porque la inscripción de tal carácter, que desde ese momento está protegida por la legitimación registral, determinará de futuro el conjunto normativo aplicable a la vivienda.

A la luz del espíritu y finalidad de las normas protectoras de los hipotecantes de su vivienda habitual antes referidas, debe concluirse que habrá de pasarse por la manifestación del hipotecante, consentida por la parte acreedora (con la trascendencia que tiene respecto de la eficacia y alcance del derecho constituido), sobre el carácter de única vivienda habitual atribuido a las dos fincas hipotecadas que están configuradas como una sola finca catastral y situadas en el mismo número de la calle, sin necesidad de su agrupación registral, de suerte que tal circunstancia de hecho quede amparada por la presunción «*iuris tantum*» establecida por el artículo 21 de la Ley Hipotecaria. La atribución del carácter de vivienda habitual a las dos fincas registrales puede y debe hacerse constar en la inscripción pero la consideración de dichas fincas como una sola (por «unidad funcional») no pueda tener acceso al registro por precisarse para ello la formalización de la correspondiente agrupación, tal y como se indica en la calificación (cfr. art. 29 y 98 Ley Hipotecaria y 51.7 de su Reglamento).

Resolución de 20-2-2018  
(BOE 7-3-2018)  
Registro de Artxeixo.

**TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE. SERVIDUMBRE: REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN**

Tal y como ya ha quedado resuelto en pronunciamientos previos, la transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo



alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen termino al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo tal acuerdo carácter de cosa juzgada entre ellos tal y como se prevé en los artículos 1809 y 1816 del Código Civil; mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional en cuanto al poder de disposición de las partes en relación al objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción. La transacción, aun homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (art. 1817 del Código Civil). El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (art. 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La homologación judicial no altera el carácter privado del documento pues se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Por ello, y fuera de los supuestos en que hubiese habido oposición entre las partes y verdadera controversia, el acuerdo de los interesados que pone fin al procedimiento de división de un patrimonio no pierde su carácter de documento privado, que en atención al principio de titulación formal previsto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, exige el previo otorgamiento de escritura pública notarial a los efectos de permitir su acceso al Registro de la Propiedad.

En el presente caso el acuerdo se limita al reconocimiento de una servidumbre previa y a la obligación de respetarla, ni siquiera implica su constitución «ex novo» con motivo del procedimiento entablado y el auto se circunscribe a disponer que conforme los apartados 1, 2 y 3, del artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero y no encontrándose el acuerdo alcanzado en ninguno de estos supuestos lo homologa declarando finalizado el proceso. En relación al segundo de los defectos, también debe ser confirmado. Para que la servidumbre, constituida en el documento privado a que hace referencia el auto homologado que se inserta en el título calificado, pueda inscribirse debe hallarse suficientemente delimitada, en virtud de las exigencias del principio de especialidad (arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario) y de libertad de trabas del dominio (cfr. arts. 348 del Código Civil y 25 y 27 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 20-2-2018

(BOE 7-3-2018)

Registro de Castellón de la Plana, número 3

**HIPOTECA: CANCELACIÓN HABIÉNDOSE PACTADO SU CADUCIDAD CONVENCIONAL.**

La registradora suspende la cancelación solicitada por entender que no se trata de un supuesto de caducidad convencional del derecho real de hipoteca. Según la doctrina reiterada de esta Dirección General, nada se opone a que la

hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (*vid.*, arts. 513.2, 529, 546.4 y 1843.3 del Código Civil), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo.

Si estuviéramos ante la caducidad convencional del mismo derecho de hipoteca, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que posibilita la cancelación de la hipoteca cuando la extinción del derecho inscrito resulte del título en cuya virtud se practicó la inscripción. En otro caso debería esperarse a la caducidad legal por transcurso del plazo de prescripción de la acción hipotecaria, por aplicación de la norma del párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. La cancelación convencional automática, como viene reiterando este Centro Directivo, solo procede cuando la extinción del derecho real tiene lugar de un modo nítido y manifiesto.

En el presente supuesto, del análisis sistemático de las cláusulas del contrato, y aun reconociendo cierta falta de claridad motivada por deficiencias técnicas en la redacción, resulta más coherente entender que el plazo de duración pactado es un plazo convencional de caducidad de la hipoteca ya que el transcrito apartado tercero de la letra G expresamente indica que se establece un «plazo de duración de la hipoteca», y la fijación de este en «un año más de la vigencia de los contratos de afianzamiento prestado», es lo habitual en los supuestos de establecimiento de plazos de caducidad, que vienen a limitar a ese período la posibilidad del ejercicio de la acción hipotecaria.

Resolución de 20-2-2018  
(BOE 7-3-2018)  
Registro de Cullera.

#### SENTENCIA DECLARATIVA: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.

Como inequívocamente resulta de los artículos 20, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, la exigencia de que el titular registral haya sido parte en el procedimiento o de que haya tenido la posición prevista en el ordenamiento, se agota en el titular registral actual.

Esta Dirección General no puede amparar el criterio del registrador. Como ya pusiera de relieve la resolución de 26 de octubre de 2015, la figura del mandamiento, que se convierte en elemento formal indispensable para ciertas actuaciones registrales —*vid.*, artículos 133 de la Ley Hipotecaria y 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, está prevista como acto procesal de comunicación en el artículo 149 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para cualquier actuación cuya ejecución corresponda a los registradores de la propiedad. El mandamiento no es título formal en el sentido recogido por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria. Constando presentado tanto el mandamiento del letrado de la Administración de Justicia del Juzgado que conoció los autos en primera instancia como el testimonio de la sentencia firme recaída en apelación ante la Audiencia Provincial, resulta patente que el reproche no puede mantenerse.

Esta Dirección General conoce y aplica la doctrina jurisprudencial en relación al artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en el sentido de que siendo la cancelación en el Registro de la Propiedad consecuencia ineludible de la decisión principal, no existe violación del principio de congruencia debiendo considerarse su solicitud implícita en la demanda contradictoria del derecho inscrito (sentencias

de 25 de mayo de 1995, 29 de febrero de 2000 y 4 de octubre de 2004, entre otras muchas).

Cuestión distinta es la determinación de los asientos concretos a que se extiende el contenido de la sentencia. 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 del principio de rogación 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. La calificación registral de los documentos judiciales se extiende necesariamente a la congruencia de los mismos con la situación registral vigente en el momento en que se pretende su inscripción por lo que ha de exigirse la identificación suficiente de los asientos a los que se refieren los mandamientos o documentos judiciales cancelatorios.

Señala el registrador que ni del fallo de la sentencia cuyo reflejo registral se ordena ni de sus fundamentos resulta que se haya declarado la nulidad de la escritura en cuya virtud se practicó en su día la inscripción cuya cancelación se ordena. La propia sentencia reitera que su alcance es más limitado que la pretensión reflejada en la demanda. Admitiendo que el fallo de la sentencia se refiere al derecho de superficie inscrito (lo que veremos a continuación), la afirmación de que la exclusiva de suministro no se ajustaba a partir del 31 de diciembre de 2001 a los límites temporales del Derecho europeo de la competencia no podría tener otro efecto que la modificación del contenido de la inscripción en cuanto a su plazo (sin perjuicio, en su caso, de su posterior cancelación por transcurso del plazo modificado por los medios legalmente previstos). De la fundamentación resulta pues que no existe nulidad del contrato de suministro en su totalidad sino simple sujeción de su plazo a la limitación temporal de cinco años a partir de la entrada en vigor del Reglamento Europeo 2790/1999, pronunciamiento que resulta perfectamente congruente con el fallo a que se ha hecho referencia más arriba. Procede en consecuencia la desestimación de este motivo de recurso sin que los argumentos de contrario puedan enervar dicha conclusión.

No procede llevar a cabo un pronunciamiento en relación a documentos que no se pusieron a disposición del registrador de la propiedad o mercantil al tiempo de llevar a cabo su calificación sin perjuicio de que llevándose a cabo una nueva presentación se adopte un nuevo acuerdo de calificación en el que se haga referencia a dichos documentos (*vid.*, art. 108 del Reglamento Hipotecario).

No es aceptable en consecuencia la afirmación del escrito de recurso en relación a que el registrador no puede calificar el fondo del asunto. No hay tal puesto que ni cuestiona la decisión de fondo ni se inmiscuye en actividad jurisdiccional alguna. Como ha puesto de relieve nuestro Tribunal Supremo (sentencias de la sala de lo Civil, Sección Primera, números 454/2013, de 28 junio, y 674/2013, de 13 noviembre), el registrador al actuar en el ámbito de su competencia no invade la función jurisdiccional pues ni conoce de procedimiento judicial alguno, ni interfiere en un procedimiento judicial en marcha ni en modo alguno se arroga actuaciones reservadas al poder judicial.

Resolución de 21-2-2018  
(BOE 8-3-2018)  
Registro de Villareal, número 1

#### BIENES DE INTERÉS CULTURAL: DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.

No es necesaria la concesión de un plazo especial para subsanar los defectos calificados como subsanables por cuanto tanto la calificación negativa como la interposición del recurso comportan la prórroga del plazo de vigencia del asiento de presentación y, por ende, la prórroga de los efectos de cierre y prioridad registral derivados de la práctica del asiento de presentación (cfr. arts. 17, 24 y 25 de la Ley Hipotecaria), plazo durante el cual se podrán subsanar los indicados defectos expresados en la calificación.

A la vista del contenido del historial registral de las fincas transmitidas, para la resolución del presente recurso hay que partir del dato de su condición de bienes de interés cultural, sujetas tanto a la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico español, que atribuye en su artículo 38 a la Administración del Estado un derecho de tanteo en los casos de que se trate de enajenar un bien declarado de interés cultural (o incluido en el Inventario General al que se refiere el art. 26 de la misma ley), imponiendo al propietario o titular la obligación de notificar su propósito de enajenación previamente a dicha Administración declarando el «precio y condiciones» en que se proponga realizar la enajenación, como a la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural valenciano, que igualmente establece sendos derechos de tanteo y retracto sobre tales bienes a favor de la Generalitat de Valencia y del Ayuntamiento respectivo, en los concretos términos previstos en los artículos 22 y 23 de la citada ley. El debate que da lugar al recurso ahora analizado se centra en el derecho de tanteo que reconocen estas normas al Ayuntamiento en cuyo término municipal se localizan los bienes afectados, lo que obliga a un examen particular de los citados preceptos. El artículo 23 de la misma ley (en la versión dada tras su reforma por la Ley 5/2007, de 9 de febrero), establece que «no se autorizarán, ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad o Mercantil, escrituras públicas de transmisión del dominio y de constitución o transmisión de derechos reales de uso y disfrute sobre los bienes a que se refiere el artículo anterior sin la previa y fehaciente justificación de que se ha notificado al órgano competente en materia de cultura el propósito de la transmisión, mediante la aportación de la correspondiente copia sellada, testimonio de la cual se incorporará a la escritura».

La cuestión por tanto se centra en si es admisible o no la notificación llevada a cabo por medio de correo certificado con acuse de recibo, siendo así que, según resulta de la documentación aportada, el destinatario (en este caso el Ayuntamiento de Vila-real) la recibió efectivamente. La respuesta solo puede ser afirmativa de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional y de la aplicación que de la misma ha hecho este Centro Directivo. Este mismo criterio es el que resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en un supuesto próximo cual es el de la notificación fehaciente de la decisión de vender la finca arrendada que a los efectos del correspondiente derecho de tanteo prevé el artículo 25.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Como resulta de las sentencias citadas y de la resoluciones de este Centro Directivo (*vid.*, resoluciones de 3 de junio de 2013 y 27 de noviembre de 2017, entre otras), el artículo 31 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en

la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y Liberalización de los Servicios Postales, señala como requisitos para que la comunicación produzca sus efectos a través de la oficina de Correos, que en la cabecera de la primera hoja del documento que se quiera enviar, se hagan constar, con claridad, el nombre de la oficina y la fecha, el lugar, la hora y minuto de su admisión. Estas circunstancias deberán figurar en el resguardo justificativo de la misma. A mayor abundamiento, debe señalarse que el artículo 22.1 de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural valenciano, no impone al propietario la obligación de notificar su propósito de venta de los inmuebles a que alude (los incluidos en el Inventario General del Patrimonio Cultural valenciano, o respecto de los que se hubiera iniciado expediente de inclusión) al Ayuntamiento correspondiente al término municipal en que se encuentre el inmueble, sino exclusivamente a la Generalitat valenciana.

El segundo de los defectos que, a juicio del registrador, impiden la inscripción solicitada consiste en que «las condiciones notificadas a efectos del tanteo y las recogidas en la escritura de venta ahora calificada son distintas en algún punto (en concreto en la cláusula de imputación de gastos y tributos)». Sin prejuzgar ahora si la coincidencia entre las condiciones notificadas para la enajenación pretendida y las efectivamente pactadas en el contrato de compraventa debe ser total y absoluta, y si dicha coincidencia debe proyectarse sobre todas las condiciones y estipulaciones del contrato o más bien ceñirse a las «condiciones esenciales», las posibles divergencias que puedan existir solo serán relevantes a los efectos de entender mal realizada la notificación en el caso de que las notificadas sean más onerosas que las finalmente incorporadas al contrato.

Los tanteos y retractos legales, como ha señalado la doctrina científica, son limitativos del derecho de dominio. Por ello los tanteos y retractos legales son derechos taxativamente concedidos por la ley para supuestos concretos con fundamento en el interés social, existiendo desde antiguo una jurisprudencia que se inclina a favor de su interpretación restrictiva, si bien más recientemente, la sentencia número 450/2012, de 11 de junio, en relación con los tanteos y retractos arrendaticios ha defendido un criterio de interpretación estricto, y no restrictivo. Son por tanto derechos potestativos (al conferir la facultad de adquirir el dominio, u otro derecho real, mediante la declaración de voluntad del titular) y de carácter real, pues sujetan a la cosa frente a todos, incluyendo al propietario gravado sobre el que pesa la carga, en caso de que pretenda enajenar el bien, de ofrecerla antes al titular del derecho de tanteo a fin de que pueda adquirirla. Su libertad contractual se limita a la decisión de contratar o no contratar (al modo de los contratos de adhesión), no a negociar, ni menos a determinar unilateralmente, las condiciones del contrato que han de ser las ya negociadas entre el propietario y el tercero a quien se dirigió la inicial oferta. Lo que no impide que, si el propietario lo acepta, puedan variarse tales condiciones, pero ello será fruto de una aceptación voluntaria por parte del propietario vendedor, sin que el titular del derecho de tanteo pueda imponer tal negociación o dejar en suspenso indefinidamente el poder de disposición del propietario.

Frente a las normas generales sobre contratación pública prevalece, conforme al aforismo «*lex specialis derogat generali*», las normas que en materia de tanteo y retracto establecen la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural valenciano, como norma aplicable al presente supuesto, cuyo artículo 22, apartado 2, en su versión actual resultante de la modificación introducida por la Ley 5/2007, de 9 de febrero, establece que el derecho de tanteo puede ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a la notificación por el Ayuntamiento (o por la Generalitat

cuyo derecho es preferente, si bien en el caso objeto del presente expediente ha renunciado al mismo) «obligándose al pago en idénticas condiciones que las pactadas por los que realizan la transmisión». En caso de que el titular del derecho de tanteo no acepte las condiciones notificadas y pretenda modificar el precio o cualquier otra condición del contrato, no podrá entenderse perfeccionado el contrato de compraventa al faltar el concurso de voluntades que exige el ordenamiento jurídico. Esta misma fundamentación es la que en el presente caso lleva a la estimación del recurso en la medida en que resulta patente a la vista de la documentación incluida en el expediente que en ningún momento la entidad propietaria de los inmuebles vendidos ha aceptado la modificación en las condiciones de pago del precio (en particular su aplazamiento durante cuatro años o el otorgamiento de una financiación alternativa «ad hoc») que pretende el Ayuntamiento (*vid.*, acta de requerimiento otorgada el día 15 de mayo de 2016), como igualmente resulta diáfano que tampoco el Ayuntamiento que pretende ejercer su derecho de adquisición preferente ha aceptado la oferta legal de venta en cuanto a las condiciones esenciales del precio y la forma de pago del mismo.

Incluso en el caso de que se entienda viable el derecho de retracto en las circunstancias del presente supuesto de hecho (lo que aquí no se prejuzga), lo cierto es que ni el artículo 37.3 de la Ley Hipotecaria presupone necesariamente una excepción al principio de fe pública registral, ni puede calificarse de claudicante una titularidad inscrita por el hecho de que esté expuesta al ejercicio de las facultades administrativas exorbitantes que la ley reconoce a las Administraciones Públicas (como puede ser la de expropiación forzosa), y menos en un supuesto en que la causa de la posible resolución (derivada del régimen especial de bienes de interés cultural de las fincas vendidas) consta explícitamente en el Registro. Habiéndose notificado en debida forma la pretensión de enajenar las fincas y sus condiciones, habiendo transcurrido el plazo para el ejercicio del derecho de tanteo por la Administración titular sin que por parte de esta se haya procedido a la aceptación de la oferta comunicada y al pago del precio en la cuantía y plazo convenido, y sin perjuicio del ejercicio de las acciones judiciales que las partes puedan entender que les asisten para la defensa de sus derechos, no cabe que en sede registral se proscriba el acceso al Registro de una venta cuya validez no se niega y cuya eficacia registral está condicionada (además de al resto de los requisitos objeto de calificación conforme al art. 18 de la Ley Hipotecaria) a la práctica de una notificación (de la pretensión de enajenación) que ha sido acreditada suficientemente en el presente caso, por lo que no puede mantenerse una calificación que conduce a mantener por tiempo indefinido una discordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral, al impedir la publicidad de un título traslativo del dominio generador de una mutación jurídico-registral válida, originando así una inexactitud registral que ha de rectificarse precisamente mediante la inscripción de tal título (art. 40.a) de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 21-2-2018  
(BOE 8-3-2018)  
Registro de Markina-Xemein.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS PROCOMUNALES.

La resolución de 4 de octubre de 2013 establece que: «El artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, para negar la procedencia de la acción de división, se

refiere a la pro indivisión sobre un piso o local determinado que haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios; y sobre esta norma se ha basado la posibilidad de configuración del denominado departamento “procomunal” o “pro-común”. La misma resolución puntualiza los requisitos estructurales precisos para que la especialidad del régimen acceda al folio particular de una finca, incluyendo entre los mismos: “—y además del carácter pro indiviso de la adquisición— debe entenderse necesario detallar tanto la determinación de la cuota o proporción en que dicho elemento se adquiere por los propietarios —por ejemplo, en proporción a su respectiva cuota en los elementos, pertenencias y servicio comunes” a los que se refiere el artículo 3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal—».

En definitiva, lo relevante es la configuración que resulta del Registro y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan (arts. 1, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria). Y estas no pueden ser otras que la necesaria concurrencia del consentimiento individual de quienes aparecen en la inscripción como titulares del dominio para proceder a la práctica del asiento de transferencia solicitado, de conformidad con las reglas del Código Civil para los actos de disposición sobre bienes en condominio (art. 397).

Resolución de 21-2-2018

(BOE 8-3-2018)

Registro de Valencia, número 3

#### **PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS.**

Con carácter previo hay que recordar, como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo (última resolución de 11 de diciembre de 2017) que, a tenor de lo señalado en el artículo 326 de nuestra Ley Hipotecaria, el recurso solo puede versar sobre los pronunciamientos señalados por el registrador en su nota de calificación y en atención a las circunstancias contenidas en el título o los títulos presentados para la calificación, no pudiendo apoyarse en otros documentos ajenos a dicha presentación y que se incorporen en el trámite de alegaciones o en el propio recurso.

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. 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. Por tanto, 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. A todo ello ha de añadirse el cumplimiento de las limitaciones resultante de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

El registrador, como ha señalado la resolución de 30 de mayo de 2014, en el ámbito de su calificación, para considerar justificado ese interés no solo debe apreciar la literalidad de la causa aducida, sino también su congruencia con el resto de datos que se le proporcionen al requerir la información, de forma que la mera mención de un motivo, aun cuando sea de los considerados ajustados a la finalidad registral, aisladamente considerado no podrá dar lugar a la inmediata obtención de la nota simple o certificación solicitada, sino que será el análisis conjunto de todas las circunstancias que consten en la solicitud, el que determinará tanto la apreciación del interés alegado como la extensión de los datos que, a su juicio y bajo su responsabilidad, facilite el registrador al peticionario de la información. En el presente recurso, en la solicitud inicial de publicidad, como se ha avanzado, no se incluye la expresión de motivo, causa o finalidad alguna de la misma.

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.*, resolución de 25 de noviembre de 2016), 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. A tal determinación se refiere el párrafo quinto del artículo 222 bis de la Ley Hipotecaria. La solicitud objeto de calificación no contiene dato alguno que permita conocer de manera directa e inequívoca a qué inmuebles se estaba refiriendo.

Resolución de 22-2-2018

(BOE 8-3-2018)

Registro de Santa Cruz de Tenerife, número 4

**HERENCIA: NECESARIA INTERVENCIÓN DEL VIUDO LEGITIMARIO EN LAS OPERACIONES LIQUIDATORIAS Y DISPOSITIVAS DEL PATRIMONIO DEL CAUSANTE.**

Como bien señala el registrador, es necesaria la intervención de la viuda en la liquidación de la comunidad postganancial como parte de la comunidad hereditaria del difunto. Pero lo es en su condición de legitimaria de la herencia, lo que difiere de las alegaciones de los recurrentes que entienden que lo es en su condición de legataria. La especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1057.1 del Código Civil), de las que resulte que no se perjudica la legítima de los herederos forzosos. En consecuencia, mientras exista dicha comunidad postganancial del fallecido, son aplicables las normas generales de la comunidad de bienes (*ex art. 406 del Código Civil*) por lo que no pueden realizarse actos dispositivos sobre bienes de la herencia sin el consentimiento unánime de todos los partícipes (*ex art. 397 del Código Civil*). Siendo que es necesaria la intervención de los legitimarios y legatarios de parte alícuota en la partición de la herencia, es nula la realizada sin ella.



Resolución de 22-2-2018  
(BOE 8-3-2018)  
Registro de Sepúlveda-Riaza.

#### PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 201 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Tras la reforma operada por la Ley 13/2015 para proceder a cualquier rectificación de la descripción es preciso que no existan dudas sobre la realidad de la modificación solicitada. Si el expediente tramitado fuera el previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, ya que el mismo se ha regulado en la reforma de la Ley 13/2015, de 24 de junio, con la finalidad específica de lograr toda clase de rectificación descriptiva, se prevén especiales garantías para su tramitación, que determinan que pueda utilizarse cualesquiera que sean las discrepancias superficiales con la cabida inscrita o los linderos que pretendan modificarse, incluso fijos (cfr. resolución de 17 de noviembre de 2015). Las dudas que en tales casos puede albergar el registrador han de referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria [cfr. arts. 9.b), 199.1 y último párrafo del art. 201.1 de la Ley Hipotecaria], sin que exista limitación de utilización de estos procedimientos solo por razón de la diferencia respecto a la cabida inscrita.

En cuanto a la justificación de las dudas de identidad, como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. Aunque la modificación del número de policía no requiere acudir a este expediente (según prevé el apartado 2 del art. 201), no cabe duda que en la tramitación del mismo podrá acreditarse tal modificación, junto a las demás rectificaciones descriptivas que se pretendan. No cabe duda que la coincidencia en los datos de situación de la finca que se pretende rectificar con los de otra que ya esté inscrita puede justificar las dudas de identidad por una posible invasión de finca colindante. Ahora bien, en el presente caso no resulta de la nota de calificación cuál sea la finca que se ve afectada, ni en qué modo o quién sea el titular que pueda verse afectado a los efectos de intervenir el procedimiento en defensa de sus derechos, si es que se viera perjudicado por la rectificación pretendida.

La constancia registral de la referencia catastral conforme al artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria tiene 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].

En cuanto al momento en el que han de manifestarse las dudas de identidad de la finca, conforme a los artículos 201 y 203 LH, el registrador al tiempo de expedir la certificación debe manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios (cfr. resolución de 8 de junio de 2016). Y ello sin perjuicio de la calificación que procede efectuar una vez concluida la tramitación ante notario, a la vista de todo lo actuado, conforme

al último párrafo del artículo 201.1 y de la regla sexta del artículo 203, sin que sea pertinente en dicho momento apreciar dudas de identidad, salvo que de la tramitación resulte un cambio en las circunstancias o datos que se tuvieron a la vista al tiempo de expedir la certificación (cfr. resolución de 20 de diciembre de 2016).

En cuanto al defecto de falta de coincidencia de la descripción de la finca con la que resulta de la certificación catastral descriptiva y gráfica, el apartado 1 del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, al regular las particularidades del procedimiento de rectificación de descripción de fincas contempla específicamente el supuesto de aportación de representación gráfica alternativa, tal y como ocurre en el presente supuesto, prescribiendo que en tales casos el notario debe proceder conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo de la letra c) del apartado 2 del artículo 18 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Cuestión distinta es que, una vez cumplimentados debidamente por el notario los trámites reseñados en el anterior fundamento, se proceda por el Catastro a practicar las rectificaciones que correspondan en el parcelario catastral. En el caso concreto del expediente del artículo 201, la letra d) de su apartado 1 prevé expresamente como particularidad la posibilidad de aportar una representación gráfica alternativa, a diferencia de lo que ocurre con el supuesto de la inmatriculación.

Resolución de 23-2-2018

(BOE 9-3-2018)

Registro de Paterna, número 2

#### RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Este Centro Directivo ha reiterado (cfr., por todas, las resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011 y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), que la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. 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 212 de la Ley Hipotecaria exige para considerar un error como material que con el mismo no se cambie el sentido general de la inscripción ni de ninguno de sus conceptos; por otra parte, el artículo 216 de la misma ley señala que se comete error de concepto cuando al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título se altere o varíe su verdadero sentido; asimismo, el artículo 327 del Reglamento Hipotecario determina que se considera el error de concepto de los comprendidos en el párrafo primero del artículo 217 de la Ley Hipotecaria (es decir, los cometidos en inscripciones, anotaciones o cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resulte claramente de las mismas), el contenido en algún asiento por la apreciación equivocada de los datos obrantes en el Registro. Parece claro, a la vista del citado artículo, que el consentimiento o acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador son requisitos indispensables para la rectificación.

La legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que exige el acuerdo unánime de los interesados y del registrador o, en su defecto, resolución judicial, y el que permite la rectificación de oficio por parte del registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer (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) la posibilidad de rectificar el contenido del Registro sin necesidad de acudir al procedimiento general de rectificación antes apuntado, siempre que el hecho básico que desvirtúa el asiento erróneo sea probado de un modo absoluto con documento fehaciente, independiente por su naturaleza de la voluntad de los interesados.

Resolución de 26-2-2018  
(BOE 15-3-2018)  
Registro de Madrid, número 20

**OBRA NUEVA: ADMISIBILIDAD DE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE COMO SUSTITUTIVO DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA.**

Para comenzar, debe afirmarse que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.a de la Constitución Española, 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. En segundo lugar, es conocido que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencia exclusiva en las materias de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (sentencias del Tribunal Constitucional número 61/1997, de 20 de marzo, fundamento jurídico 5, y 164/2001, de 11 de julio, fundamento jurídico 4). Sin embargo, la asunción por la Comunidad Autónoma de competencias exclusivas en materia de urbanismo no autoriza a desconocer las que asisten al Estado en virtud del artículo 149.1 de la Constitución Española. La reciente sentencia número 143/2017 del TC ha confirmado que la competencia estatal para fijar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas justifica que se prevea en la legislación estatal algún tipo de intervención administrativa en relación con los usos edificatorios.

En el ámbito de la normativa estatal sustantiva, que estudian tanto la registradora que califica como la sustituta, por considerarla directamente aplicable, si bien por remisión de la norma autonómica, debe atenderse a la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que responde a la finalidad positiva de adoptar unos fines y orientaciones generales en el plano de la reactivación económica, estableciendo un mínimo común denominador para todo el Estado que garantice a las empresas un marco de seguridad jurídica y de unidad normativa en todo el territorio. Más en concreto, el artículo 2 de la Ley 12/2012: «1. Las disposiciones contenidas en el Título I de esta Ley se aplicarán a las actividades comerciales minoristas y a la

prestación de determinados servicios previstos en el anexo de esta Ley, realizados a través de establecimientos permanentes, situados en cualquier parte del territorio nacional, y cuya superficie útil de exposición y venta al público no sea superior a 750 metros cuadrados (umbral de superficie modificado en dos ocasiones)». Permitiendo la ampliación por parte de las comunidades autónomas del umbral de superficie, del catálogo de actividades y otros supuestos de inexigibilidad de licencias, así como establecer regulaciones sobre estas mismas actividades con menor intervención administrativa —cfr. disposición final décima—.

La normativa madrileña parte de la normativa estatal para introducir un régimen particular de intervención administrativa en las actividades de comercio minorista y de determinados servicios, caracterizado por su flexibilidad, utilizando para ello títulos administrativos habilitantes ya contemplados en la normativa básica administrativa, en particular, la declaración responsable —artículos 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local—. La novedad estriba en la aplicación de tal figura no solo en la habilitación de usos y actividades, sino en el propio acto de edificación cuando su destino sean las actividades mencionadas.

Partiendo de la aplicación al presente supuesto de la ley autonómica, la Ley 2/2012, de Dinamización de la Actividad Comercial en la Comunidad de Madrid, procede analizar la Ordenanza para la Apertura de Actividades Económicas en la Ciudad de Madrid cuya aplicabilidad se cuestiona en la nota de calificación. Conforme a la Ordenanza para la Apertura de Actividades Económicas en la Ciudad de Madrid aprobada por el Pleno del Ayuntamiento, el día 28 de febrero de 2014, puede distinguirse entre la licencia de la edificación y las licencias para acomodar el edificio a las actividades económicas que se realizan en él, siendo solo estas últimas las que pueden ser sustituidas por declaración responsable.

En el presente caso, se declara una obra nueva terminada sobre finca descrita como parcela urbana con uso característico comercial. Se describe la obra terminada como edificio destinado a comercio alimentario en tres plantas, sótano, acceso y primera, la superficie construida total es de 4.123,28 metros cuadrados. De las anteriores circunstancias resulta que la obra va a destinarse a una actividad comercial minorista que queda incluida, en principio, en el ámbito de aplicación de la Ley y la Ordenanza municipal en los términos que define el artículo 14.2.a) de la Ordenanza, en relación al artículo 2.1 de la Ley autonómica.

Resulta obligado proceder a la interpretación de los preceptos estatales que regulan los requisitos de inscripción de declaraciones de obra nueva, en particular el artículo 28 de la vigente Ley de Suelo estatal, en relación con la normativa de aplicación. Este precepto exige la acreditación de un acto administrativo de conformidad, aprobación o autorización, lo que no puede equipararse a la mera declaración responsable, que carece de naturaleza de acto administrativo y difiere el control de la Administración a un momento posterior; sujeta a eventual declaración administrativa de ineficacia, sin que ello implique valorar la eficacia y ejecutividad inmediata que dicho título tenga reconocido en la realidad extrarregistral por la normativa aplicable, particularmente, respecto a la ejecución de obras destinadas a la implantación de actividades económicas. Por el contrario, tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, se exige, además, «el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente,

salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellas autorizaciones se sustituirán por los documentos que acrediten que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna».

Es decir, se parte de la diferencia entre: el acto de edificación, que requiere acto administrativo expreso de autorización o aprobación, y no admite declaración responsable; y, las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación ya finalizada reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable, que sí permite su sustitución por la declaración responsable.

Resolución de 27-2-2018  
(BOE 15-3-2018)  
Registro de Madrid, número 13

#### **PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS. RECURSO GUBERNATIVO: VALOR DEL INFORME QUE EMITE EL REGISTRADOR.**

El Tribunal Supremo tiene declarado con ocasión de pronunciarse sobre la legalidad del artículo 332 del Reglamento Hipotecario (*vid.*, sentencias citadas en el «Vistos») que la dicción del artículo 222 de la Ley Hipotecaria no deja lugar a dudas sobre la obligatoriedad de los registradores de poner de manifiesto, no solo el contenido, sino los libros mismos que integran parte de su archivo como forma diferenciada de publicidad frente a la manifestación por medio de nota simple o por medio de certificación. Ahora bien, esta misma jurisprudencia ha puesto de manifiesto que la obligatoriedad no empece el cumplimiento de otras obligaciones del registrador relativas a limitar el contenido de la publicidad a la parte necesaria y solo a las personas que acrediten un interés legítimo.

Por tanto, la doctrina del Alto Tribunal reconoce la confluencia de distintas obligaciones en la persona del registrador a la hora de manifestar los libros que forman parte de su archivo, obligaciones que pueden parecer contradictorias lo que exige la necesidad de coherencia a fin de que la prestación del servicio se haga en la forma ordenada por la ley sin merma de los especiales deberes que el propio ordenamiento atribuye a los registradores respecto al deber de custodia, conservación e integridad de los libros a su cargo (art. 332.2 del Reglamento Hipotecario) así como al contenido de la publicidad. En definitiva la interesada tiene derecho a solicitar la exhibición directa del libro en el que conste la finca a que se refiere su interés, pero con la importante matización de que la exhibición no puede ser del libro físico sino de su reproducción, y no de todo, sino solo en la parte necesaria para satisfacer el interés legítimo de la solicitante.

En consecuencia, ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información. En relación con el interés, sostiene la Dirección General ha exigido que sea 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.

En el presente recurso, en la solicitud de publicidad se indica que la certificación se solicita para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión y la de complemento, pretendiendo conocer la interesada el dato del precio de compraventa para valorar la viabilidad de dichas acciones. Toda vez que resulta acreditada ante la registradora la condición de heredera de la solicitante, según resulta de los propios asientos del Registro, el interés legítimo queda acreditado, ya que, además, se pretende el ejercicio de acciones judiciales que la Ley reconoce a quien ostenta tal cualidad. No procede hacer ningún pronunciamiento acerca de lo expresado en el informe, ya que es doctrina de esta Dirección General que el informe es un trámite en el que el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación, pero en el que en ningún caso se pueden añadir nuevos defectos.

Resolución de 27-2-2018

(BOE 15-3-2018)

Registro de Oviedo, número 5

#### **INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS. CALIFICACIÓN REGISTRAL: INDEPENDENCIA DEL REGISTRADOR.**

Como ha tenido ocasión de manifestar este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 28 de noviembre de 2013 y 5 de septiembre de 2016), como principio general, se pueden alterar los términos de una escritura cuando estos no se ajustan a la realidad, haciendo posible la rectificación o aclaración y el posterior acceso de la misma al Registro, sin que sea necesario un determinado pronunciamiento judicial. Ahora bien, la obligatoriedad de los pactos contractuales (cfr. arts. 1091 y 1258 del Código Civil) implica que cualquier alteración de su contenido requiera para su eficacia el consentimiento de todos los que en él fueron parte (cfr. resoluciones de 16 de febrero de 1998 o 19 de diciembre de 2002). La escritura de aclaración y complemento de la de donación supone que estamos ante un nuevo otorgamiento negocial que subsana o rectifica otro anterior, y al que por tanto sustituye, debiendo ajustarse este nuevo otorgamiento a las reglas generales de prestación del consentimiento negocial contenidas en los artículos 1254, 1258, 1259, 1261 y 1262 del Código Civil, exigiéndose en consecuencia el concurso del donante en la escritura de aclaración y complemento, o su ratificación posterior, conforme al citado artículo 1259 del Código Civil, debiendo desestimarse el recurso en este punto.

Del tenor del artículo 205 de la Ley Hipotecaria resulta que debe existir identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos a juicio del registrador y, en todo caso, en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto, identidad que se refiere exclusivamente a la descripción de la finca.

Siguiendo la doctrina contenida en la resolución de 1 de febrero de 2017, en el presente caso, podrá lograrse la inmatriculación pretendida bien por el procedimiento previsto en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria o bien complementado el título inmatriculador con acta de notoriedad autorizada conforme

a las exigencias expresadas en el nuevo artículo 205 de la Ley Hipotecaria, de modo que será necesario que, tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el notario emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha.

Finalmente, en cuanto a la alegación del recurrente relativa a que el citado documento fue objeto de inscripción en otro Registro de la Propiedad, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

Resolución de 28-2-2018

(BOE 15-3-2018)

Registro de Xirivella.

#### HERENCIA: PARTICIÓN REALIZADA POR EL CONTADOR PARTIDOR.

Reiteradamente ha señalado este Centro Directivo —cfr. resoluciones de 27 de diciembre de 1982, 19 de septiembre de 2002, 21 de junio de 2003, 13 de octubre de 2005, 20 de julio de 2007 y 4 de octubre de 2017, entre otras— que la partición realizada por el contador-partidor no requiere el consentimiento de los herederos, aunque sean legitimarios, siempre que actúe dentro de sus funciones, las cuales no se alteran por la comparecencia de alguno de los herederos, ni siquiera por la concurrencia de todos ellos si el testador hubiera ordenado la intervención del contador-partidor incluso existiendo un acuerdo de los herederos respecto de la forma de realizar la partición. Por lo demás, debe recordarse que, como puso de relieve este Centro Directivo en resolución de 11 de julio de 2013, solo cuando la intervención conjunta de los herederos junto con el contador-partidor no se limite a aceptar la herencia, la intervención de aquellos introduce un factor que altera el carácter unilateral que tiene la partición practicada por contador-partidor, transformándola en un verdadero contrato particional y haciendo, por tanto, necesaria la intervención de todos los interesados en la herencia.

La asignación de todos los bienes de la herencia a uno de los interesados imponiéndole la obligación de pagar los derechos correspondientes a los otros interesados en metálico supone transformar los derechos de estos que de cotitulares de la masa hereditaria con cargo a la que, previa liquidación, han de satisfacerse sus derechos, pasan a ser titulares de un derecho de crédito frente a otro de los partícipes. Y ello implica un acto de disposición admisible en el caso de ser los interesados con facultades de libre disposición de sus bienes los que lo convinieran (cfr. art. 1058 del Código Civil), pero que no puede entenderse comprendida entre las de partir que al contador-partidor le vienen asignadas por la ley en su condición de tal. Otro tanto cabría decir del derecho de los legitimarios, intangible no solo en el aspecto cuantitativo sino también en el cualitativo que no puede el contador-partidor cambiar por un crédito frente a los herederos so pena de desvirtuarlo completamente.

Por otra parte, la restrictiva expresión «la simple facultad de hacer la partición» que contiene el artículo 1057 del Código Civil se interpreta con flexibilidad de suerte que se incluyan entre las facultades del contador-partidor aquellas que hayan de ser presupuesto para el desempeño de esa función de contar y

partir. En este sentido debe entenderse que puede proceder a liquidar junto con el cónyuge viudo la disuelta sociedad de gananciales, a inventariar y valorar los bienes relictos y fijar, cuantificándolos, los derechos de los interesados sobre la masa relicta, con sujeción al testamento y la ley, aceptando por tanto las disposiciones del testador por las que dé por pagados de sus derechos legitimarios a sus herederos forzosos o aquellas por las que ordene que del haber correspondiente a los legitimarios se descuente lo que en vida han percibido estos del testador. Esto último es lo que ocurre en el presente caso.

Resolución de 28-2-2018  
(BOE 15-3-2018)  
Registro de Berja.

#### **RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.**

Resulta evidente que el recurso no puede prosperar. Como resulta del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo tercero: «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». La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Es cierto que esta Dirección General ha reiterado (cfr. las resoluciones de 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 10 de septiembre de 2004, 19 de junio de 2010, 7 de marzo de 2011 y 16 de octubre de 2016), que cuando la rectificación de errores o inexactitudes se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes, independientes, por su naturaleza, de la voluntad de los interesados, no es necesario acudir al procedimiento general de rectificación registral ni inexcusable la aplicación de los artículos 40.d) y 82 de la Ley Hipotecaria, pues bastará para llevar a cabo la rectificación la petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren el error producido.

Lo que no puede pretender la recurrente es que el registrador en su calificación, o esta Dirección General en alzada, se pronuncien y califiquen la existencia de delitos cuyo conocimiento está reservado constitucional y legalmente, a los tribunales de Justicia (vide resoluciones de 8 de febrero de 1996, 14 de julio de 1998, 22 de febrero de 2000 y 18 de enero de 2003).

Resolución de 1-3-2018  
(BOE 20-3-2018)  
Registro de Villaviciosa de Odón.

#### **INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: IDENTIDAD DE LA FINCA EN LOS DOS TÍTULOS.**

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, siendo por ello preciso una identificación razonable entre ambos modelos descriptivos, tanto en lo relativo a superficie, como en su ubicación, identificación y demás elementos definitorios de la finca. Por tanto, la fundamentación de una calificación negativa de tal identidad no puede 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 expresarse, 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 2-3-2018

(BOE 20-3-2018)

Registro de San Miguel de Abona.

#### HERENCIA DE UN BRITÁNICO: APLICACIÓN DEL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO.

Como es sabido, las herencias abiertas desde el día 17 de agosto de 2015, en que entró en aplicación el Reglamento (UE) núm. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012. Como regla general, la ley aplicable a la sucesión *mortis causa* de causante es la ley del país de su última residencia habitual. Sin embargo, esta regla general cede cuando el causante ha elegido como ley aplicable a su sucesión *mortis causa*, su ley nacional (art. 22 del Reglamento Europeo de Sucesiones), caso en el que existe una sustitución normativa en favor de la designada en la *professio iuris*.

A la disposición de última voluntad le es aplicable por tanto el régimen transitorio del Reglamento, concretamente el artículo 83.2 «cuando el causante hubiera elegido, antes del 17 de agosto de 2015, la ley aplicable a su sucesión, esa elección será válida si cumple las condiciones establecidas en el capítulo III (ley aplicable) o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea», párrafo que debe ser interpretado en los términos expuestos. Sin embargo, no cabe olvidar la remisión genérica que el artículo 83.2 realiza al capítulo III, relativo a la ley aplicable, en relación a sus condiciones de ejercicio, que junto a la identidad de razón y la finalidad de la norma conduce a entender que la *professio iuris* transitoria también excluye el reenvío.

Por otra parte, admitida la *professio iuris* en periodo transitorio (tácita, ya que entonces no podría ser expresa, al no ser admitida por la ley española) carece de relevancia que la escritura calificada no realice una evaluación de la vida del causante a fin de establecer su residencia habitual relevante a efectos sucesorios. Pese a ello es necesario recordar que las escrituras notariales que documenten sucesiones internacionales deben, al establecer un obligado juicio sobre la residencia del causante —cuando esta sea la ley aplicable—, tener presente el considerando 23 del Reglamento Europeo de Sucesiones que constituye el elemento normativo de referencia.

La aplicación de la *professio iuris* tácita transitoria al supuesto, hace por último irrelevante la referencia en el expositivo I del título calificado al domicilio

del causante en el momento del fallecimiento. La residencia habitual del causante no tiene por qué coincidir con su domicilio tal como es entendido en nuestra legislación nacional, no siendo este un concepto relevante en el Reglamento.

El denominado *Probate Service*, es parte del sistema de tribunales en Inglaterra y Gales, y su función es la expedición de los denominados *Grant of Representation*, que confieren al representante del caudal relicto (*estate representative*) un derecho legal para encargarse del patrimonio relicto. Este sistema se funda en la necesidad de que exista un liquidador característico de aquel Derecho en el que los herederos no subentran en la posición jurídica de su causante. De todo lo anterior se deduce que el ejecutor es la clave del sistema de liquidación sucesoria particular de aquel ordenamiento. La *lex rei sitae* conlleva que los procedimientos necesarios para la transmisión de los inmuebles, una vez establecida la sucesión *mortis causa* (art. 1 del Reglamento Europeo de Sucesiones) se determine por la ley del lugar de situación de los inmuebles con las necesarias adaptaciones. De este precepto resulta con claridad que en nada se hace preciso, en este concreto supuesto que se examina, conforme al ordenamiento español y pese a no existir reenvío al mismo, la designación de un ejecutor por el *Probate Service* británico, institución referida a la liquidación de bienes en Reino Unido.

Resolución de 5-3-2018

(BOE 20-3-2018)

Registro de l'Hospitalet de Llobregat, número 1

**TUTELA: NECESIDAD DE SUBASTA PARA LA ENAJENACIÓN DE BIENES DEL TUTELADO. RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIAS ESTADO-CA CATALUÑA**

En este expediente se han aplicado y alegado tanto normas de Derecho catalán como normativa estatal (básicamente, incardinadas en la legislación procesal, que es competencia exclusiva del Estado, y sin olvidar que las tutelas constituidas con anterioridad a la entrada en vigor del libro II del Código Civil de Cataluña se rigen por el Código Civil español). Por ello, resulta competente esta Dirección General de los Registros y del Notariado para pronunciarse sobre el fondo del recurso.

Toda enajenación de bienes de una persona con capacidad modificada judicialmente posterior al 23 de julio de 2015 debe llevarse a cabo por los trámites del capítulo VIII de la Ley 15/2015, lo que conduce a la aplicación de la norma del artículo 65.2. Tratándose de un supuesto previo a la aplicación de la norma —por serlo la tramitación del expediente judicial, por más que la escritura pública cuya inscripción se solicita sea posterior— la exigencia de la pública subasta —en los términos autorizados judicialmente— es incuestionable, lo es antes y después de la entrada en vigor de la Ley 15/2015. Antes de la aplicación de la Ley 15/2015, podría ser posible apartarse de esa exigencia de la pública subasta tal como ha reconocido reiterada jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que se citan en los «Vistos». Pero era al propio juez, como se desprende con absoluta claridad de esa jurisprudencia, al que se atribuye esa competencia y no a los solicitantes de la autorización.

La autorización para la venta se concede por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de l'Hospitalet de Llobregat (auto número 60/2013, de 25 de enero), en un procedimiento en el que se insta, por la misma representación procesal, la venta de esa concreta participación indivisa y la de las de otros dos incapacita-

dos y representados por sus padres, concediéndose por dicho Juzgado conjunta y unitariamente para todos ellos, sin indicar precio (ni postura mínima para subasta) y fijando el siguiente requisito: «Todo ello, bajo la condición de tenerse que acreditar en este Juzgado y en el plazo más breve posible a la enajenación de dicho inmueble, que el precio de la misma se destinó al beneficio exclusivo de los incapaces». No tendría ningún sentido que se diera un tratamiento diferente a personas que están en una misma situación. Si la parte correspondiente a los representados por sus padres no se les exige subasta, tampoco será exigible al tutor. En otro orden de cosas, y por lo que se refiere a la objeción de la nota referida al tiempo transcurrido entre el auto y la escritura, tiene razón la recurrente cuando afirma que no existe norma alguna que establezca una limitación temporal para la eficacia de las autorizaciones judiciales de venta, por lo que la calificación impugnada rebasa el ámbito que claramente delimita el artículo 100 del Reglamento Hipotecario en sede de calificaciones de documentos judiciales.

Al tiempo de otorgarse la compraventa (29 de marzo de 2017), al igual que en la actualidad, el procedimiento de desamparo de los menores, la asunción de las funciones tutelares por parte de la Generalitat de Catalunya y la suspensión de la potestad parental, de acuerdo con la normativa aplicable, estas funciones comprenden las mismas facultades que la tutela ordinaria.

Resolución de 5-3-2018  
(BOE 20-3-2018)  
Registro de Lepe.

#### PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: BIENES INSCRITOS A FAVOR DE CÓNYUGES EXTRANJEROS CONFORME AL ARTÍCULO 92 RH.

Como declaró la Resolución de este Centro Directivo de 15 de julio de 2011, tratándose de adquisiciones llevadas a cabo por personas cuyo régimen económico-matrimonial esté sujeto a una ley extranjera, la determinación de cuál sea el régimen aplicable implica el conocimiento del Derecho extranjero, lo que no es obligado para los funcionarios españoles. A esta dificultad pretende dar respuesta el artículo 92 del Reglamento Hipotecario. Por ello en tales casos, y de *lege data*, la legitimación registral no se extiende a cuál sea el régimen matrimonial aplicable, lo que obliga a una acreditación «a posteriori» del Derecho extranjero.

Ahora bien, en el momento en que el bien adquirido con sujeción a un régimen económico-matrimonial extranjero sea objeto de un acto de disposición no es posible mantener la indeterminación y en consecuencia debe acreditarse el contenido y la vigencia del Derecho extranjero concreto aplicable al caso. La aplicación de la legislación portuguesa queda sometida necesariamente a su acreditación ante la registradora ya que, al igual que en el ámbito procesal, el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (cfr. artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), también lo ha de ser en el notarial y registral. La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario. Por otro lado, al igual que en sede judicial se mantiene la exigencia contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no solo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia.

En el presente caso se trata de determinar si es necesario o no haber demandado y requerido de pago a la esposa del demandado para poder inscribir

un decreto de adjudicación de finca como consecuencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria. El principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, que limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento, garantizando así el tracto sucesivo entre los asientos del Registro.

No desvirtúa las conclusiones anteriores el hecho, alegado por el recurrente, de que previamente se haya inscrito la compraventa a favor del demandado con subrogación en la carga hipotecaria que gravaba el inmueble, pretendiendo ver en ello (en cuanto a la subrogación hipotecaria) un acto de disposición que en su momento no fue objeto de reparo por parte del registrador. Tampoco desvirtúa las conclusiones anteriores el hecho de que en el cuerpo de la inscripción al tiempo de identificarse al comprador se haga constar entre sus circunstancias personales las relativas a su condición de «(...) mayor de edad, casado en régimen de separación de bienes, vecino de Lisboa —Portugal— (...) de nacionalidad portuguesa (...)».

Resolución de 6-3-2018

(BOE 20-3-2018)

Registro de Cartagena, número 1

#### SENTENCIAS DECLARATIVAS: REQUISITOS PARA CANCELAR ASIENTOS REGISTRALES.

Siendo evidente que el registrador no es competente para suplir las facultades del tribunal para determinar, completar o aclarar el contenido del fallo de su sentencia, y menos para rectificar o modificar por la vía de su despacho registral una ejecutoria judicial firme que claramente excluye la afectación a los derechos del actual titular registral del dominio de la finca hipotecada al afirmar su condición de adquirente de buena fe, declaración judicial que no puede ser cuestionada ni desconocida ni por el registrador ni por este Centro Directivo, atribuyendo un efecto cancelatorio de titularidades inscritas a una sentencia judicial cuyo pronunciamiento de nulidad no puede tener tal eficacia por afectar a derechos adquiridos por terceros de buena fe, pues si bien es cierto que conforme al artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria la rectificación del Registro podrá llevarse a cabo mediante resolución judicial cuando «la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento», también lo es que el mismo artículo prescribe en su último párrafo que «en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto». En el caso de este expediente los titulares registrales fueron emplazados en el procedimiento como parte demandada, y el resultado del procedimiento fue una declaración judicial de desestimación expresa de la demanda respecto de los mismos por su condición de «tercero de buena fe». Si la conclusión anterior resulta predicable respecto de la pretensión de la recurrente en relación con la finca 67.313, que fue objeto del gravamen hipotecario ejecutado, igualmente lo es respecto de la finca 67.311 que no fue objeto de hipoteca pero que se vio afectada por la ejecución como consecuencia de la insuficiencia del precio de remate para la satisfacción del total de la deuda perseguida.

Como resulta del artículo 521 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las sentencias declarativas y constitutivas firmes no siempre tienen que ir acompañadas de un mandamiento de ejecución de su contenido. Pero para que tal cosa sea

posible en relación al Registro de la Propiedad es preciso que la propia sentencia contenga todos los requisitos exigidos por las normas registrales para producir la inscripción y, por lo que ahora se discute, si no hacen referencia ni al asiento concreto a cancelar, ni del conjunto del documento se infiera indubitadamente cual o cuales son los asientos incompatibles, y ni siquiera se identifica ni alude a la finca registral cuyas titularidades se pretenden cancelar, no pueden entenderse integrados dichos requisitos. Como ha afirmado la reciente Resolución de esta Dirección General de 28 de septiembre de 2017, el principio de especialidad o determinación impone que solo puedan acceder al Registro de la Propiedad situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, porque solo de ese modo se producirá una plena claridad en los asientos, que es la base de la publicidad registral y del fomento del crédito territorial y, además, de conformidad con el principio registral de rogación que no solo condiciona la actuación del registrador en el sentido de que debe limitarse a inscribir cuando se le solicita, sino que también ha de ceñirse a lo interesado.

Resolución de 7-3-2018

(BOE 27-3-2018)

Registro de Santa María de Guía de Gran Canaria.

#### **DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE: ACTUACIÓN DEL REGISTRADOR.**

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, en su regla 2ª. Como ya ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General (cfr. resoluciones de 23 de agosto de 2016, 14 de septiembre de 2016 o 18 de abril de 2017) el eje fundamental sobre el que gira la tutela del dominio público marítimo-terrestre en la regulación del Reglamento General de Costas 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 (apdo. 2 del art. 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.

En los casos en los que las aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas no dispongan de la información correspondiente a la representación gráfica georreferenciada de la línea de dominio público marítimo-terrestre y de las servidumbres de tránsito y protección, podría determinarse la colindancia o intersección así como si la finca invade o no el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación con dichas servidumbres, mediante la previa aportación de certificación del Servicio Periférico de Costas comprensiva de tales extremos y referida a la representación gráfica que obre en tal Administración.

En el presente caso, el dato de que la finca invade en parte el dominio público marítimo-terrestre, resulta con claridad de varias fuentes distintas, y todas ellas concordantes. 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.

Resolución de 7-3-2018  
(BOE 27-3-2018)  
Registro de Tui.

**INMATRICULACIÓN: RECONOCIMIENTO DE DOMINIO ADQUIRIDO POR USUCAPIO EN UN ACTO DE CONCILIACIÓN. TÍTULO INSCRIBIBLE: ACTO DE CONCILIACIÓN.**

Es objeto de este expediente decidir si puede procederse a la inmatriculación de una finca en virtud de auto judicial aprobatorio de la avenencia alcanzada entre las partes en un procedimiento de conciliación instado ante el juez de Paz, siendo el título material de adquisición la usucapión extraordinaria ganada por una de las partes.

Como uno más de los medios inmatriculadores recogidos ahora por la nueva regulación, añade el número 5.º del artículo 204 de la Ley Hipotecaria el siguiente: «En virtud de sentencia que expresamente ordene la inmatriculación, obtenida en procedimiento declarativo en que hayan sido demandados todos los que, de conformidad con lo establecido en el artículo 203, deban intervenir en el expediente, observándose las demás garantías prevenidas en dicho artículo». Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de noviembre de 2008 y 29 de octubre de 2015 han admitido la sentencia recaída en procedimiento declarativo como título inmatriculador. Debe advertirse, en cuanto al supuesto planteado y objeto de este recurso, que no estamos en presencia de una sentencia dictada en juicio declarativo —a que se refiere el número 5.º del artículo 204 de la Ley Hipotecaria—, sino ante un auto aprobatorio de la avenencia alcanzada entre las partes en un procedimiento de conciliación instado ante el juez de Paz.

El Tribunal Supremo, en una sentencia de su Sala Primera de 5 de noviembre de 1976 (confirmada por otra de esa misma Sala de 31 de octubre de 1989), ha declarado que la conciliación se muestra «más que como un verdadero acto procesal, como un negocio jurídico particular, semejante en todo a la transacción, cuya validez intrínseca deberá estar condicionada a la concurrencia de los requisitos exigidos para todo contrato o convenio en el artículo 1261 en relación con el artículo 1300 del Código Civil, pudiéndose en caso contrario impugnar dicha validez mediante el ejercicio de la acción de nulidad (...)». En el caso de la conciliación el letrado de la Administración de Justicia (o el juez de Paz, según los casos), el notario o el registrador de la propiedad o mercantil no han de limitarse a dar fe de que las partes han alcanzado o no un acuerdo.

Esta Dirección General ha reiterado (por todas, resoluciones de 31 de julio de 2014 y 2 de septiembre de 2016), la necesidad de existencia de una causa verdadera y lícita y la necesidad de su expresión en el documento y en la inscripción, sin que sea posible, a efectos registrales, presumir su existencia. Es doctrina consolidada de esta Dirección General, que la usucapión reconocida judicialmente a favor de los actores constituye sin duda un título apto para la inscripción y el hecho de recaer sobre una finca inscrita en absoluto impide que, tras la adquisición e inscripción por parte del titular registral pueda pasar a ser

dueño por usucapión un tercero mediante la posesión del inmueble en las condiciones establecidas por la ley, ya que la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad no dota al mismo de imprescriptibilidad (cfr. art. 36 de la Ley Hipotecaria). De acuerdo con la doctrina expuesta, es evidente que cuando la usucapión se declara judicialmente, aun habiéndose allanado una de las partes, no estamos ante un negocio abstracto ni un mero reconocimiento de dominio, sino que estamos ante una adquisición con una causa, cual es la prescripción extraordinaria ganada por una de las partes intervinientes. Sin embargo, en el supuesto de este expediente tal declaración no se produce, pues el auto judicial es consecuencia de la avenencia entre las partes en procedimiento de conciliación ante el juez de Paz, que tiene carácter contractual.

En este caso, la conciliación, aun cuando no se ponga en duda la veracidad de lo que en ella declaran los interesados, no implica más que un reconocimiento por parte del demandado de que el demandante es dueño, por lo que, aunque el juez ponga fin a un procedimiento de conciliación, no hay una decisión de fondo sobre la realidad de la usucapión. Tampoco puede, por sí sola, servir para rectificar el Registro de la Propiedad por cuanto como ha reiterado este Centro Directivo, el reconocimiento de dominio no tiene en Derecho español encaje ni en el sistema negocial de transmisión del dominio (que es enteramente causalista), ni en el sistema registral (que a falta de negocio traslativo exige resolución judicial).

Consecuencia de la intervención de los citados fedatarios en la conciliación y dado que el acuerdo final de las partes se va a recoger en un acta intervenida por el funcionario correspondiente, a la misma se le va a reconocer el carácter de documento público y con plena fuerza ejecutiva. Ahora bien, el hecho de que el acta de conciliación que recoja el acuerdo alcanzado tenga la condición de documento público, tal y como sucede en el caso del auto que homologa la transacción, no significa que el acta o certificación expedida sean títulos inscribibles de los previstos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, por cuanto no todo documento público de manera indiscriminada e intercambiable es título formal inscribible en los términos exigidos en el citado artículo 3 de la Ley Hipotecaria y el artículo 33 de su Reglamento.

Por lo que se refiere al tercero de los defectos señalados por el registrador en su nota de calificación, referido a la falta de expresión de linderos de la finca, 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 expresión de sus linderos, lo que es reiterado por el Reglamento Hipotecario en sus reglas 2ª y 3ª.

En los casos de intervención de una herencia yacente la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Por otro lado, las peculiaridades derivadas de la presentación de una demanda contra una herencia yacente no impide la necesidad de procurar la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio como paso previo a una posterior declaración en rebeldía. En el supuesto de hecho de este expediente, del auto resulta que don G. G. no presenta ningún documento que acredite su cualidad de administrador de la comunidad hereditaria de doña C. T. R., por lo que del propio documento presentado resulta que no está acreditada de modo suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente, de manera que no resulta congruente aprobar la avenencia alcanzada por quien no acredita ser el requerido o requeridos de

conciliación (cfr. artículo 100 Reglamento Hipotecario); debiendo, en consecuencia, confirmarse el defecto.

Resolución de 8-3-2018  
(BOE 27-3-2018)  
Registro de Mijas, número 3.

**DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: POSICIÓN DEL TITULAR DE ESTE DERECHO EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA CUANDO TAL DERECHO NO ESTÁ INSCRITO.**

Como recuerda la resolución de 19 de enero de 2016 de esta Dirección General (siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencias como las de 14 de enero de 2010 y 6 de marzo de 2015), en primer lugar, al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar, lo procedente es considerarlo como un derecho de carácter familiar, y por tanto ajeno a la clasificación entre derechos reales y de crédito. Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo. En general, se entiende que 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. Esto no impide que si así se acuerda en el convenio y el juez, en atención al interés más necesitado de protección, aprueba la medida acordada por los cónyuges, se atribuya, en consecuencia, el uso del domicilio familiar a los hijos menores, sin olvidar que «vivirán en compañía de su madre». Esta tesis, habiendo sido defendida inicialmente por este Centro Directivo, ha acabado siendo asumida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, Sala Primera, en sentencia de 14 de enero de 2010, dictada con fines de unificación de doctrina y confirmada entre otras por la más reciente de 6 de febrero de 2018.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015, en un supuesto similar al que es objeto de este expediente, en que la hipoteca se constituyó por su propietario, soltero, sin intervención por tanto de la posterior beneficiaria del derecho de uso, se señaló: «Si tal doctrina se aplica al supuesto objeto del recurso la conclusión debe ser la no oponibilidad de ese derecho de uso al adjudicatario del bien a consecuencia de su enajenación forzosa en subasta pública.». En conclusión, el hecho incontestable de que el derecho de uso sea inscribible implica la aplicabilidad de los principios reguladores del sistema hipotecario cual es el de prioridad, por lo tanto lo procedente es la purga del derecho de uso, como consecuencia de la ejecución de una hipoteca inscrita con anterioridad.

Conforme a lo anterior, como ya apuntó este Centro Directivo en su resolución de 23 de marzo de 2015, si tenemos en cuenta la especial relevancia de la vivienda familiar y la finalidad de protección que justifica la concesión del derecho de uso resultante de un proceso matrimonial, debe entenderse que quien lo ostenta ha de ser demandado en el procedimiento de ejecución hipotecaria y requerido de pago, si dicho derecho de uso era conocido por la entidad acreedora o si constaba inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la presentación de la demanda, de manera análoga a lo que se ha mantenido por esta Dirección General, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia número 79/2013, de 8 abril), en relación con el tercer poseedor de bienes hipotecados



(propietario, usufructuario, nudo propietario, titular del dominio directo o útil, cfr. resolución de 23 de marzo de 2015). En cualquier caso, no constando inscrito el derecho, la correcta intervención de su titular queda circunscrita exclusivamente al ámbito procesal, sin que le alcance la calificación registral en tanto esta implica la defensa del titular inscrito, no de quien ha dado la espalda a la protección derivada del Registro.

Resolución de 8-3-2018  
(BOE 27-3-2018)  
Registro de Castrojeriz-Villadiego.

#### **PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.**

El artículo 199 regula el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro. En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. 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 claramente identificadas y fundamentadas las dudas del registrador en la nota de calificación.

Por otra parte, en cuanto a la protección registral del dominio público, tal y como señaló esta Dirección General en las resoluciones de 15 de marzo y 12 de abril de 2016 o las más recientes de 4 de septiembre y 10 de octubre de 2017, esta protección que la ley otorga al mismo no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Resolución de 12-3-2018  
(BOE 27-3-2018)  
Registro de Sevilla, número 12

#### **DERECHO DE TRANSMISIÓN: POSICIÓN DE LOS LEGITIMARIOS DEL TRANSMITENTE EN CASO DE RENUNCIA A LA HERENCIA DEL PRIMER CAUSANTE.**

Debe recordarse, una vez más, que el precepto que dentro de nuestro sistema sucesorio recoge el denominado derecho de transmisión es el artículo 1006 del Código Civil. 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.

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 en que lo son, para lo cual es inevitable considerar en qué términos los ha llamado el transmitente por vía de testamento o la ley en caso de vocación abintestato o forzosa, según los supuestos. Resulta imprescindible combinar los efectos del derecho de transmisión con la coexistencia de legitimarios no herederos como interesados en la herencia del denominado transmitente, a los efectos de exigir —o no hacerlo— su intervención en las operaciones de aceptación y partición de herencia.

En el presente caso, al primer causante le suceden sus herederos abintestato. Fallecido posteriormente uno de esos hijos herederos, y habiéndose cumplido los presupuestos de supervivencia y capacidad, no se produce declaración sobre su adquisición o rechazo de la condición de heredero. Dicho segundo causante designa en testamento a su esposa y a uno de sus hijos como herederos y lega a la otra hija lo que por legítima estricta pudiera corresponderle, sustituyendo a los herederos por sus respectivos descendientes para los casos de premoriencia e incapacidad.

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.

La resolución de esta Dirección General de 23 de junio de 1986 ya se refirió a la posición de los legitimarios en casos de renuncia del transmisario a la herencia del primer causante, equiparándola a la de un acreedor, de suerte que tales legitimarios podrían acudir al mecanismo del artículo 1001 del Código Civil si la repudiación perjudicaba sus derechos, lo que conduce a la computación del valor del «*ius delationis*» en la herencia del transmitente. Esta resolución, en la línea seguida por las recientes resoluciones de 26 de julio de 2017 y 22 de enero de 2018, apunta igualmente en favor de esta tesis el argumento de la mejor protección que con ella se consigue de las legítimas, sin que haya necesidad de contradecir el indudable carácter personalísimo de la opción que implica el «*ius delationis*». Mas, en todo caso, si consta la repudiación de la primera herencia, nada podrá oponer la registradora al funcionamiento respecto de aquella del derecho de acrecer en favor de los restantes herederos abintestato del primer causante que aceptaron la herencia.

Resolución de 12-3-2018  
(BOE 27-3-2018)  
Registro de Móstoles, número 3

#### RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

La rectificación de los asientos registrales (que están bajo la salvaguardia de los tribunales —artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria—) exige el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya a algún derecho, o en su defecto, resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho, según reiterada doctrina de este Centro Directivo (*vid.*, las resoluciones citada en los «Vistos»).

Resolución de 13-3-2018  
(BOE 27-3-2018)  
Registro de Zafra.

#### SEGREGACIÓN: PRECEPTIVA INSCRIPCIÓN DE LA BASE GRÁFICA.

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 falta de correspondencia de la representación gráfica aportada relativa a la porción restante con la descripción de resto (según los datos del Registro) 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. Y ello sin perjuicio de que la representación gráfica del resto de la finca sea exigible cuando se pretenda practicar en el futuro alguna inscripción sobre el mismo.

Resolución de 13-3-2018  
(BOE 27-3-2018)  
Registro de Sueca.

#### HIPOTECA: EXTENSIÓN OBJETIVA RESPECTO A LAS NUEVAS EDIFICACIONES.

En primer lugar, este Centro Directivo viene rechazando por contraria al límite del artículo 112 de la Ley Hipotecaria, la inscripción del pacto de extensión

de la hipoteca a nuevas construcciones y demás objetos a que se refiere el mismo, cuando no se salva la protección del tercero establecida en el citado artículo. Dado el carácter no dispositivo y de orden público de la ejecución hipotecaria y en consecuencia del régimen de responsabilidad de la hipoteca frente a terceros adquirentes del inmueble hipotecado, no cabe admitir modalizaciones convencionales en este ámbito.

La forma de salvar esos derechos del tercer poseedor admite diversas fórmulas, como la referencia expresa a las limitaciones del artículo 112 de la Ley Hipotecaria, la exclusión expresa de la extensión cuando la finca perteneciere a un tercer poseedor, o la restricción expresa de la extensión de la hipoteca únicamente a las construcciones realizadas por el hipotecante deudor o por el adquirente que se subrogue en su lugar; pero no es admisible la inscripción de un pacto de extensión de la hipoteca a las nuevas construcciones y demás elementos referidos sin hacer distingos o limitándolo solo parcialmente.

Resolución de 14-3-2018  
(BOE 27-3-2018)  
Registro de Navalcarnero, número 2

#### **PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR.**

Se trata de dilucidar si es inscribible un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución directa 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.

En el presente caso a dicho tercero, aun cuando no se le haya demandado inicialmente, se le ha requerido de pago y con ello se le ha concedido la opción

de pagar u oponerse, posibilidades que corresponden al demandado conforme al artículo 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia el actual titular registral ha tenido posibilidad de intervención directa en el procedimiento de ejecución, no pudiendo por tanto entenderse que ha existido indefensión en los términos antes indicados.

Resolución de 14-3-2018

(BOE 27-3-2018)

Registro de San Sebastián, número 3

#### PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Conforme doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo en la sentencias relacionadas en «Vistos», que el registrador tiene, sobre las resoluciones judiciales, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión proscrita, como se ha dicho, por nuestra Constitución (cfr. art. 24 de la Constitución Española y 100 del RH).

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial. Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Por eso parece razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, al efecto de calificación registral del tracto sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos; pero considerar suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia. Por otro lado las peculiaridades derivadas de la presentación de una demanda contra una herencia yacente no impide la necesidad de procurar la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio como paso previo a una posterior declaración en rebeldía.

En el caso objeto de este expediente, ha de confirmarse el defecto impugnado, puesto que del texto del mandamiento y del decreto que se transcribe en el mismo solo resulta que el procedimiento se ha dirigido contra la herencia yacente de doña M. P. N. D., sin que resulte identificado ningún posible heredero, y sin que tampoco se haya producido el nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente. Por otro lado, dado que se ha acreditado el fallecimiento del cónyuge de doña M. P. N. D., don J. S. G., ha de confirmarse igualmente el criterio sostenido por la registradora respecto a la necesidad de que sean también demandados sus herederos para que el embargo sea anotable. Así resulta de lo establecido en el artículo 144.4 del Reglamento Hipotecario: «Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos».

## Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.<sup>a</sup> DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución 24-1-2018  
(BOE 6-2-2018)  
Registro Mercantil de Madrid II

### **PARTICIPACIONES. PRESTACIONES ACCESORIAS. PARTICIPACIONES PRIVILEGIADAS.**

Se trata de un acuerdo de aumento por el que se crean, con introducción de una nueva cláusula estatutaria, participaciones a cuyos titulares se les atribuye un dividendo privilegiado debiendo cumplir una prestación accesorias consistente en una prohibición de competencia a la sociedad.

Un principio rector de la legislación sobre sociedades de capital es el de la tutela de los derechos individuales de los socios. Y esta modificación afecta a esos derechos, pues atañe al contenido del derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales, aunque ese dividendo privilegiado sea el modo de retribuir las prestaciones accesorias. El consentimiento individual es exigible no solo cuando se trate de una modificación estatutaria que afecte al contenido de derechos de participaciones privilegiadas preexistentes o que pretendan alterarlo mediante la creación de nuevas participaciones privilegiadas que afecten a los privilegios de las anteriores, sino, igualmente, cuando no exista previa desigualdad entre las posiciones jurídicas de los socios y la modificación estatutaria implique la introducción de diferencias en el contenido de derechos, como ocurre en este caso.

La exigencia legal de que el anuncio de convocatoria de junta para adoptar acuerdos de modificación de estatutos exprese con la debida claridad los extremos que hayan de modificarse, ha dado lugar a una gran casuística ajustada a cada supuesto concreto, estimándose, de manera general como suficiente, que la convocatoria contenga una referencia precisa a la modificación que se propone, a través de la indicación de los artículos estatutarios correspondientes, o por referencia a la materia concreta que se modifica, sin necesidad de extenderse sobre el concreto alcance de dicha modificación, del que podrán los socios informarse a través de los procedimientos que establece el artículo 287 LSC. Pero cuando como consecuencia del acuerdo por adoptar pueda verse comprometida la posición jurídica del socio, es necesaria una mayor precisión. En este caso el anuncio carece de la debida claridad, pues omite el dato esencial que afecta a la posición jurídica del socio al crearse participaciones con derecho privilegiado.

En cuanto a la prestación accesorias, en los estatutos debe expresarse su contenido concreto y determinado. Aunque es admisible un contenido «determinable», deben establecerse las bases o criterios que permitan hacerlo sin necesidad de acudir a un nuevo convenio entre las partes o que ello quede al arbitrio de una de ellas. Debe regularse el procedimiento para la autorización de la sociedad para la transmisión de las participaciones o, al menos, la remisión al régimen general, legal o estatutario, para la transmisión voluntaria.

En cuanto al privilegio del dividendo, debe determinarse la relación entre el dividendo de las participaciones con prestaciones accesorias y las ordinarias (184.2RRM).

En cuanto al derecho de asunción preferente reconocido en este caso a los socios, no queda vulnerado por el hecho de que alguno de ellos no quiera o no pueda cumplir con esa prohibición de competencia.

Resolución de 29-1-2018  
(BOE 13-2-2018)  
Registro Mercantil de Sevilla III

#### ANOTACIÓN DE DEMANDA. PRINCIPIO DE PRIORIDAD.

En el supuesto analizado, se encuentran presentados en el Registro determinados documentos cuya calificación fue suspendida por haber sido calificada negativamente una escritura anterior de elevación a público de determinados acuerdos. Esta calificación fue confirmada por resolución de la DGRN que, a su vez ha sido impugnada mediante demanda en juicio verbal. Los recurrentes impugnaron dichos acuerdos y ahora se presenta mandamiento ordenando, como medida cautelar, la anotación de la demanda.

Mientras estén vigentes asientos de presentación anteriores al del documento que se presenta a inscripción, lo procedente es aplazar o suspender su calificación mientras no se despachen los títulos previamente presentados, pero siempre que sean contradictorios o conexos.

A diferencia de la anotación de suspensión de los acuerdos impugnados que cierra el Registro a la inscripción de estos y/o a los que de ellos traigan causa en el caso de que aquellos hubieran sido ya inscritos, la anotación de demanda de impugnación de acuerdos no produce cierre registral. Tanto para anotar la demanda como para inscribir sentencias relativas a hechos registrables, no es necesario que estén previamente inscritos. Por ello no existe en este caso violación de los principios de prioridad ni de tracto sucesivo al no haber conflicto alguno entre la documentación presentada.

Resolución de 31-1-2018  
(BOE 6-2-2018)  
Registro Mercantil de Madrid VIII

#### JUNTA. CONVOCATORIA. COMPLEMENTO. ACTA NOTARIAL DE JUNTA. REQUERIMIENTO.

Convocada Junta de una SA por acuerdo del Consejo de administración mediante los correspondientes anuncios, se publica con posterioridad un complemento de convocatoria a solicitud de un socio, en el que además se manifiesta que intervendría notario por solicitarlo el mismo socio. No consta la existencia de acuerdo previo del Consejo en relación tanto al complemento como a la intervención del notario.

La falta de validez o ausencia del previo acuerdo del Consejo sobre la convocatoria de la Junta o su ausencia es causa de invalidez de la misma y de los acuerdos en ella adoptados, sin que pueda suplirse por acuerdo del presidente u otro consejero. Esta competencia exclusiva del Consejo se predica igualmente del supuesto de que exista solicitud de complemento de convocatoria. La publicación del complemento, aunque es un acto debido, no es automática. El órgano de administración debe

verificar que el ejercicio del derecho a solicitar ese complemento se lleva a cabo conforme a derecho, si existe causa excepcional que aconseje no incluir algún punto en el orden del día, el porcentaje de capital que ostenta el solicitante, etc., aunque ello requiera un comportamiento diligente debido a la perentoriedad de los plazos. No cabe que la valoración de la solicitud la realice el presidente o el consejero delegado.

Lo mismo cabe predicar del requerimiento al notario para que levante acta notarial de la Junta. Corresponde al Consejo evaluar la solicitud del socio minoritario y tomar la decisión que corresponda, al ser una obligación vinculada a la convocatoria de la junta y por tanto indelegable.

Resolución de 30-1-2018

(BOE 13-2-2018)

Registro de Bienes Muebles de Badajoz

#### RECTIFICACIÓN.

Cancelada la reserva de dominio a instancia de su titular y consolidado el dominio a favor del adquirente no puede llevarse a cabo la rectificación solicitada por la financiadora sin el consentimiento del titular registral o en virtud de resolución judicial en procedimiento contra él entablado. No obstante, cuando la rectificación se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes y auténticos, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, basta la mera petición de la parte interesada acompañada de dichos documentos. Ello ocurre en este caso en que de la documentación resulta que, al obtener la entidad de financiación la entrega del vehículo, adquirió su propiedad, por lo que al inscribirse el mandamiento que recoge testimonio del decreto de entrega, existió error patente de concepto al hacerse constar la consolidación a favor del comprador, que había perdido la propiedad en el procedimiento, circunstancia que puede rectificarse, sin perjuicio de los derechos adquiridos en el interin, haciendo constar la reserva de dominio y consolidación plena de este en favor del vendedor financiador.

El registrador no puede desestimar el recurso interpuesto por extemporáneo al corresponder dicha competencia a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Resolución de 5-2-2018

(BOE 14-2-2018)

Registro Mercantil de Málaga I

#### SOCIEDAD PROFESIONAL. IDENTIDAD DE LOS SOCIOS.

Se trata de una escritura elevando a público un acuerdo adoptado por la Junta general universal de una sociedad de responsabilidad limitada profesional.

Como tiene reiteradamente declarado el Centro Directivo, corresponde al presidente realizar la declaración sobre la válida constitución de la Junta, lo que implica que previamente ha adoptado una decisión cuando existe reclamación de reconocimiento de la condición de socio. El registrador está vinculado por esta declaración salvo que de los hechos resulte una situación de conflicto tal que resulte patente la falta de legalidad y acierto de su declaración, como cuando existen dos listas de asistentes diferentes o dos libros de Registro de socios.



Y esto es aplicable también a las sociedades profesionales en las que el cambio de socios debe inscribirse en el Registro Mercantil. Por lo tanto, se resuelve que no puede exigirse que se exprese la identidad de los socios, pues el Registro Mercantil es un registro de personas en el que la aplicación de algunos principios registrales como el de tracto sucesivo ha de ser objeto de interpretación restrictiva.

Resolución de 12-2-2018  
(BOE 22-2-2018)  
Registro Mercantil de Asturias II

#### ACUERDOS SOCIALES. MAYORÍAS.

Se trata de un acuerdo adoptado por dos de los tres socios que representan el 70% del capital social. Los estatutos, que constituyen la norma suprema de la sociedad, establecen que este acuerdo (reducción y aumento) debe adoptarse por más del 70% del capital, por lo que no es admisible su inscripción. Ello es independiente de la situación fáctica en que pueda encontrarse la sociedad en cuanto a quienes sean sus socios en cada momento, que en este caso exigiría la unanimidad, lo cual puede conducir a la imposibilidad de adoptar el acuerdo. Se encontraría la sociedad en causa de disolución por esa situación de bloqueo.

Resolución de 13-2-2018  
(BOE 22-2-2018)  
Registro Mercantil de Alicante II

#### PODER. CONFERIDO A ADMINISTRADORES.

Se trata de una escritura por la que dos administradores mancomunados prestan su consentimiento recíproco para que cualquiera de ellos pueda ejercitar una serie de facultades. En el Registro Mercantil sólo cabe la inscripción de poderes y la delegación de facultades, pero no ese consentimiento recíproco. La operación indicada sólo puede plasmarse en el otorgamiento de un poder con carácter solidario.

La representación orgánica no es un supuesto de actuación «alieno nomine» sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema de administración que tenga establecido. Por el contrario, la representación voluntaria posibilita la actuación de un sujeto distinto de la sociedad pero con plenos efectos para ella.

La diferente naturaleza y efectos de estas representaciones permiten su concurrencia simultánea en una misma persona, si bien hay que atender a las circunstancias de cada caso concreto.

Así, en la representación voluntaria, no cabe el poder otorgado por el administrador único a sí mismo o a su favor y a favor de otras personas indistintamente; ni el otorgado por dos administradores mancomunados a favor de ellos mismos conjuntamente. Sí cabe el conferido por los mancomunados a favor de cada uno de ellos individualmente; o por uno de los dos solidarios a favor de la persona física que ejerce el cargo del otro.

En representación orgánica no caben cláusulas estatutarias que, tras establecer la administración por mancomunados, les permite realizar determinadas operaciones por sí solos.

La expresión «delegación de facultades» sólo cabe en el ámbito de la representación orgánica cuando ésta está conferida a un órgano colegiado.

Resolución de 14-2-2018  
(BOE 22-2-2018)  
Registro Mercantil de Madrid XII

#### ACUERDOS SOCIALES. ELEVACIÓN A PÚBLICO.

La elevación a público de acuerdos sociales corresponde al órgano de administración, a los apoderados facultados para ello mediante escritura de poder, a las personas que tengan facultad certificante y a cualquiera de los miembros del órgano de administración con nombramiento vigente e inscrito cuando hayan sido facultados para ello en la reunión en que se hayan adoptado.

En el caso contemplado, la Dirección General también lo admite pues, aunque la elevación la efectúa una administradora mancomunada facultada en el acuerdo de la Junta que la nombra y que, por tanto no tiene su cargo aún inscrito, la certificación está firmada por los dos administradores y por el saliente. Sostener el criterio contrario conduciría a un formalismo que no añadiría garantía sustancial alguna.

Resolución de 19-2-2018  
(BOE 7-3-2018)  
Registro Mercantil de Cantabria

#### CUENTAS ANUALES. CIERRE REGISTRAL.

El recurrente no impugna en realidad la calificación en la que se señala que no se procede al depósito de las cuentas al estar cerrada la hoja social por falta de depósito de las de ejercicios anteriores. Se limita a señalar en su recurso que no comparte las calificaciones que en su día se emitieron denegando el depósito de cuentas de ejercicios anteriores ni la confirmación que por esta Dirección General se hizo de las mismas y que ha interpuesto demanda ante el Juzgado de lo Mercantil.

Por lo tanto, la resolución confirma la calificación en el sentido de que no procede no procede el depósito de cuentas del ejercicio 2016 al estar cerrado el registro particular de la sociedad como consecuencia de la falta de depósito de cuentas de ejercicios anteriores.

Resolución de 20-2-2018  
(BOE 7-3-2018)  
Registro Mercantil de Pontevedra I

#### AUDITORES. A SOLICITUD DE LA MINORÍA.

La resolución repasa la extensa doctrina de la DG sobre el derecho de la minoría a la designación de auditor por el registrador. Este derecho decae cuando no existe interés protegible, bien porque el socio ha dejado de serlo, bien porque renuncia al derecho reconocido, bien porque su posición jurídica está debidamente protegida en un momento en el que su interés se agota en la liquidación económica de su

participación en la sociedad. Y especialmente en el supuesto de que, al tiempo de llevar a cabo la solicitud el socio minoritario, la sociedad opone que, pese a no estar obligada, ha realizado la designación de un auditor para la verificación del mismo ejercicio, al no frustrar el derecho del socio el origen del nombramiento, judicial, registral o voluntario, teniendo en cuenta su carácter profesional e independiente. Deben, en ese caso, concurrir dos condiciones: a) que el nombramiento sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitándolo y b) que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo cual solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

En este caso, la administración de la sociedad designó e inscribió auditor voluntario. Cabe que, por jubilación del mismo, el órgano de administración le cese y designe e inscriba uno nuevo. El interés de los socios minoritarios se encuentra salvaguardado, puesto que el depósito de las cuentas no podrá llevarse a cabo si no vienen acompañadas del informe de verificación.

Resolución de 28-2-2018  
(BOE 15-3-2018)  
Registro Mercantil de Barcelona XVI

#### AUDITORES. AUDITOR DESIGNADO A SOLICITUD DE LA MINORÍA.

Si existe resolución firme del registrador acordando la procedencia de la designación de auditor, aunque el nombramiento aún no se haya efectuado ni inscrito ni al tiempo de la aprobación de las cuentas ni al de su depósito, estas no se pueden depositar si no van acompañadas del oportuno informe de verificación. Si la Junta en que se aprobaron las cuentas se celebró con anterioridad al nombramiento del auditor, deberán aprobarse de nuevo.

La ausencia de expresión en la convocatoria de la Junta del derecho de información reconocido en el artículo 272.2 de la Ley de Sociedades de Capital, supone la nulidad de los acuerdos en ella adoptados, al ser ese derecho instrumental del de voto e inderogable e irrenunciable. Repasa la resolución la abundante doctrina sobre el derecho de información que en ocasiones mitiga ese rigorismo, debiendo analizarse cada caso concreto.

Resolución de 1-3-2018  
(BOE 20-3-2018)  
Registro Mercantil de Madrid XVIII

#### ADMINISTRADORES. CIRCUNSTANCIAS PERSONALES.

Se trata de una escritura elevando a público un acuerdo de reelección de administrador en la que el administrador compareciente manifiesta un domicilio «a estos efectos» diferente al que consta en el Registro y al que se remite en el acuerdo cuya certificación se incorpora.

La indicación del domicilio del administrador no es un dato cualquiera que permita una determinación más o menos acertada o dudosa (por ejemplo, el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil determina ese domicilio como lugar de la notificación fehaciente). Por ello debe salvarse la discordancia respecto del dato referido de modo que resulte con claridad suficiente cuál es el que debe constar en los asientos registrales.

## Resoluciones publicadas en el DOGC

por María TENZA LLORENTE

Resolución de 24-1-2018  
(DOGC 7-2-2018)  
Registro de la Propiedad de Roses, número 2

### EXTINCIÓN PACTO DE SUPERVIVENCIA SUJETO A LEGISLACIÓN FRANCESA

En cuanto a supuestos de hecho en que existe elemento extranjero, el contenido de dicho Ordenamiento ha de acreditarse por alguno de los medios admitidos por el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, esto es, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable (artículos 281.2 Ley 1/2000, 7 de enero, resoluciones de 1 de marzo de 2005, 24 de octubre 2007). En materia de sucesiones, tanto el Tribunal Supremo (sentencia de 30 de abril de 2008), como el Centro Directivo tiene declarada la necesidad de su acreditación (resoluciones citadas y otras como las de 20 y 21 de enero de 2011, 28 de julio de 2011, 2 de marzo de 2012, 26 de junio de 2012, Fundamento de Derecho Quinto resolución de fecha 31 de octubre de 2013, Fundamento de Derecho Tercero de resolución de 23 de julio de 2015 y de 26 de julio de 2016). En este mismo sentido se pronuncia la Dirección General de los registros y del Notariado en resolución de 15 de julio de 2011 que, para un supuesto de constitución de hipoteca sobre vivienda que constaba en el Registro inscrita a nombre de unos cónyuges con sujeción al régimen económico matrimonial de su nacionalidad, la cual reiteró (Fundamento de Derecho Cuarto) incluso cuando se trate de un acto o negocio jurídico complejo. Además, puntualiza, en cuanto al modo de ser acreditado dicho Ordenamiento foráneo, que no basta la cita aislada de textos legales extranjeros sino que, por el contrario, debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país. En esta argumentación profundiza el Centro Directivo en resolución de 26 de enero de 2012 (Fundamento de Derecho Segundo) en el sentido de que *la simple afirmación del notario de conocer el derecho extranjero pueda vincular al registrador y le obligue a pasar por ella, como pretende el notario autorizante, pues se trata de dos funciones distintas que operan en momentos también diferentes. Los fuertes efectos que derivan de la inscripción registral, artículos 1.3.º, 34, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria exigen que el registrador realice su calificación teniendo en cuenta las normas de Derecho Internacional Privado y que se pruebe el contenido del derecho extranjero. Pero en muchos casos puede no ser suficiente la cita aislada de textos legales extranjeros sino que habrá de probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia. La complejidad de los ordenamientos jurídicos, en especial cuando responden a tradiciones jurídicas distintas requiere que esta prueba se realice con rigor. No obstante, esto deberá ser examinado en el caso concreto pues hay casos que la prueba documental de un texto y su vigencia será suficiente mientras que en otros se exigirá una prueba más extensa.* En idéntico sentido, resolución de fecha 2 de marzo de 2012 (confirmada por sentencia del Tribunal de Primera Instancia número 41 de Barcelona de fecha 28 de mayo de 2013) de fecha 14 de noviembre de 2012, Fundamento de Derecho Tercero,

considerando dicha prueba como un elemento necesario para poder calificar, con arreglo al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, la validez del título calificado (Fundamento de Derecho Cuarto, *in fine*). Así, también, para un caso de ejecución hipotecaria, resolución de 16 de junio de 2014, Fundamento de Derecho Segundo a Quinto. Sobre este punto —prueba de Derecho extranjero, pero en ese caso relativo a una sucesión belga— se pronunció también la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña de fecha 18 de septiembre de 2006 en cuanto a la aplicabilidad del artículo 9.8 del Código Civil y 111-3 párrafo primero de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, la admisión del reenvío de retorno y la exigencia de prueba. En la actualidad, la vigencia de los artículos 81 y 84 Reglamento Europeo 650/2012, de 4 de julio, y el Capítulo VI de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, no modifica el régimen en el Reglamento Hipotecario (fundamento de Derecho tercero de la resolución de 11 de mayo de 2016). Más concretamente, en cuanto a Derecho de Familia (régimenes económico-matrimoniales), se pronunció la resolución de 3 de diciembre de 2015, fundamento de Derecho segundo y tercero en el sentido de que 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. 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. Por ello el Registro, con carácter general, debe expresar el régimen jurídico de lo que se adquiere, y, en este sentido, el artículo 51.9 del Reglamento Hipotecario. Así, 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 obligatoriedad de conocer el Derecho extranjero con el deber de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable, y necesita, en el caso de tratarse de dos esposos de distinta nacionalidad, la determinación de cuál sea la ley aplicable a su régimen económico-matrimonial, de acuerdo con los criterios de conexión que determinan las normas de conflicto de derecho internacional privado español contenidas en el artículo 9.2 del Código Civil. Reitera esta necesidad de acreditación la resolución de 17 de mayo de 2017, para un caso de confesión de privatividad de cónyuges ucranianos. En este caso, comoquiera que no queda acreditado el Derecho francés, en cuanto a los modos de extinción de la *tontine*, la Dirección aplica las reglas generales de cancelación de asientos que exige el consentimiento del titular registral (arts. 20 y 82 de la Ley Hipotecaria, resolución de 23 de agosto de 2011). Un deber que hay que cumplir con especial cuidado cuando, como es el caso de las declaraciones emitidas, puedan resultar conculcados intereses de terceros, desconocidos o ausentes o, en general, personas que no están en condiciones de defenderse (resolución de 8 de marzo de 2012, 15 de marzo y 11 de septiembre de 2017). En este caso al devenir inaplicable el artículo 234-4.1 letra e) del Código, se ha de excluir esta posibilidad de cancelación unilateral si no resulta admitida por el Derecho francés. En resumen, si la ley que rige el contenido de un pacto es extranjera, cabe probar su contenido para admitir la cancelación por uno solo de los titulares registrales.

**ESTUDIOS  
JURISPRUDENCIALES**



## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

# Identidad genética, responsabilidad, daño moral e interés superior del menor\*

## *Genetic identity, responsibility and moral damage and the best interest of the child*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora Titular de Derecho Civil. UCM*

**RESUMEN:** En un tratamiento de fertilidad se comete el error médico de la fecundación de la paciente con espermatozoides no provenientes de su pareja sentimental con claro incumplimiento contractual de la clínica por su actuación negligente en el control de identificación y trazabilidad del material reproductivo al tratarse de una obligación de resultado. Otorgamiento de una indemnización de daños y perjuicios materiales y morales en el caso de los hijos y de los daños morales irrogados a la madre.

**ABSTRACT:** *In a fertility treatment the medical error is made of the fertilization of the patient with sperm not coming from her sentimental partner with clear contractual breach of the clinic due to her negligent act in the control of identification and traceability of the reproductive material as it is an obligation of result. Granting compensation for material and moral damages in the case of children and moral damages inflicted on the mother.*

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «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» (DER 2016-75567-R), dirigido por María Encarnación AGUILERA MORALES y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO), 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.



**PALABRAS CLAVE:** Inseminación artificial. Incumplimiento contractual. Negligencia. Daños y perjuicios materiales. Daños morales. Interés superior del menor.

**KEY WORDS:** *Artificial insemination. Contractual breach. Negligence. Material damages. Moral damages. Best interest of the child*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y DAÑOS.—II. TRATAMIENTO DE FERTILIDAD, ERROR EN LA IMPLANTACIÓN DEL MATERIAL GENÉTICO Y DAÑOS CAUSADOS.—III. DIFICULTAD EN LA CONCRECIÓN DE LOS DAÑOS MORALES PRODUCIDOS EN LOS MENORES: 1. FALTA DE LAZOS PATERNOFILIALES. AUSENCIA DEL PRINCIPIO DE LA VERACIDAD BIOLÓGICA. IMPOSIBILIDAD DE CONOCER SU IDENTIDAD GENÉTICA. 2. DERECHOS DE LOS MENORES AFECTADOS: EL PRINCIPIO DE VERACIDAD BIOLÓGICA Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA.—IV. DIFICULTAD EN LA CONCRECIÓN DE LOS DAÑOS MORALES EN LA MADRE: 1. EL DAÑO MORAL EN LA MADRE AFECTADA: DERECHO A SER INSEMINADA POR SU PAREJA Y NO POR UN TERCERO. 2. DERECHO A SU INTEGRIDAD Y A SU HONOR. 3. EL DESCONOCIMIENTO DEL VERDADERO PADRE DE SUS HIJOS. 4. MATERNIDAD EN SOLITARIO NO DESEADA. E. EL CARÁCTER DE LA AFECTADA: EL ARGUMENTO DE INEXISTENCIA DE DAÑO MORAL POR AUSENCIA DE DEPRESIÓN.—V. EFECTOS DEL ERROR CONTRACTUAL.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TJUE, TC, TS Y AP) Y RESOLUCIONES CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y DAÑOS

Bajo este título genérico queremos poner de relieve la multiplicidad de problemas que las nuevas realidades médico-tecnológicas están introduciendo en nuestra sociedad y consiguientemente los posibles daños que se derivan para la persona.

Últimamente ha sido una sentencia de la Audiencia Provincial la que recoge lo que se califica por la doctrina como de «casuismo relevante». Nos referimos al análisis contenido en la SAP de Las Palmas de 16 de mayo de 2017<sup>1</sup>.

Nos encontramos ante un supuesto que fue calificado por el juzgador como de *incumplimiento contractual de la clínica por su actuación negligente en el control de identificación y trazabilidad del material reproductivo*. Con base en dicho incumplimiento contractual se otorga una indemnización de daños y perjuicios materiales y morales en el caso de los hijos<sup>2</sup>, otorgándose también una indemnización a la madre aunque únicamente relativa a los daños morales<sup>3</sup>.

Las novedades médico sanitarias y la cada vez más utilizada fecundación artificial, en todas sus técnicas, han originado la multiplicación de las clínicas de este tipo y de los resultados positivos obtenidos. Por otro lado al ser mayor la utilización de las técnicas se amplía el número de problemas que pueden originarse, máxime teniendo en cuenta que en la *esfera personal* los problemas se acrecientan e intensifican.

Las cuestiones sobre las que nos vamos a centrar son:

- determinar los bienes jurídicos dañados,
- valorar su gravedad,

- valorar sus consecuencias,
- y todo a fin de conocer si se obtiene la *reparación íntegra del daño*.

En todo caso consideramos que el tema es de gran interés y relevancia por cuanto no existen precedentes jurisprudenciales en donde se trate esta cuestión y que supone una alerta ante un nuevo tipo de problemas en el campo de los errores médicos, a los problemas de incumplimiento contractual de la clínica, a los problemas en la concreción de los daños morales y, por último, a los problemas de cuantificación de todos los daños producidos en el ámbito de la filiación donde debe tenerse en cuenta el interés superior del menor.

## II. TRATAMIENTO DE FERTILIDAD, ERROR EN LA IMPLANTACIÓN DEL MATERIAL GENÉTICO Y DAÑOS CAUSADOS

El error originado en la clínica produce una alteración muy grave en todos los sujetos implicados. En la *madre* que conoce que el padre de sus hijos no es el que ella deseaba y que no lo descubre hasta que los niños no han nacido; en los *hijos* nacidos por inseminación artificial que carecen de padre (y no se encuentran ante un supuesto de filiación *post mortem*), desconocedores además de su padre verdadero; el de la pareja de la madre que además elude expresamente realizar funciones de padre y descubrir que no es realmente el progenitor. La alteración de la clínica produce unos efectos jurídicos en las relaciones familiares de sus «clientes» totalmente diferentes a los esperados cuando acudieron a la misma<sup>4</sup>. Efectos jurídicos que producen sentimientos encontrados y daños de todo tipo en la esfera familiar.

Al tratarse de un supuesto muy específico los perjudicados consideran que los daños (materiales y morales) no han sido valorados de forma razonable por el juzgador. Se incide expresamente en que no se han apreciado en su *justa medida* ni los *bienes jurídicos dañados* ni la *gravedad de los hechos*, ni las *circunstancias personales de los perjudicados*. Por eso se considera por los perjudicados que las indemnizaciones fijadas para la *reparación íntegra del daño* no cumplen realmente dicha función.

La cuestión principal tras la consideración de la existencia de los daños morales, se centra en la cuantificación de los mismos. Cuestión siempre interesante en este tipo de responsabilidades y ello por la dificultad en cuantificar los daños morales tanto de los menores como de la madre y si se produce algún daño en el supuesto del compañero sentimental.

Además para fijar el *quantum* indemnizatorio deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso, la gravedad del daño, los bienes jurídicos afectados, la gravedad de la culpa concurrente y las circunstancias personales de los perjudicados.

Resulta sabido que la reparación de los daños y perjuicios está presidida por el principio de «*restitutio in integrum*», pero en el caso del daño moral se trata de compensar los *perjuicios ocasionados en los derechos de la personalidad afectados*. Por ello no cabe hablar de reparación sino de *indemnización compensatoria* destinada a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, el cual siempre es difícil de precisar.

El no tener padre conocido a los *menores* les afecta en diferentes ámbitos pues se produce una lesión a derechos inherentes a la personalidad, pues la filiación es

una institución rica y compleja, donde confluyen elementos biológicos, afectivos, sociales, individuales, de seguridad jurídica y otros. Tal vez el más importante resulte ser el derecho a conocer el propio origen biológico y consecuentemente su patrimonio genético. Derecho fundamental que se encuadra dentro del derecho a la dignidad de las personas y que afecta a la propia identidad de las mismas. Y el juzgador (*a quo*) concede básicamente un daño moral por la falta de lazos paternofiliales, justificando su cuantía en la aceptación social de las familias mono-parentales que no constituye un estigma o un descrédito para los niños (pero que como veremos la madre no ha buscado esta situación).

Por otro lado y de manera realista la *madre* descubre que tiene *unos hijos de padre desconocido que no era los que deseaba* y además, de este hecho tan lamentable y extraordinario se derivan otros efectos y consecuencias más complejas e importantes que veremos en otro apartado. Y el juzgador de instancia no objetiva un daño moral especialmente grave por haber sido sometida sin su consentimiento y con su desconocimiento a un procedimiento de fertilización con esperma de una persona cuya identidad es imposible de determinar. Simplemente se le concede una *indemnización y no una reparación proporcional de los derechos de la personalidad que le han sido lesionados, sino que parece más bien dirigida a reintegrar en su patrimonio el dinero abonado por la prestación del servicio al no haber quedado satisfecha con su resultado.*

### III. DIFICULTAD EN LA CONCRECIÓN DE LOS DAÑOS MORALES PRODUCIDOS EN LOS MENORES

#### 1. FALTA DE LAZOS PATERNOFILIALES. AUSENCIA DEL PRINCIPIO DE LA VERACIDAD BIOLÓGICA. IMPOSIBILIDAD DE CONOCER SU IDENTIDAD GENÉTICA

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha abordado en numerosas sentencias la *dificultad probatoria* del daño moral, con cita de las STS de 19 de octubre de 1996<sup>5</sup>, 15 de junio de 2011 y 9 de mayo de 1984<sup>6</sup>, se hace mención a la operatividad de la doctrina de la «*re ipsa loquitur*», así como de la valoración y fijación de la cuantía de la indemnización, que se debe asentar en la *equidad, el prudente arbitrio, y la razonabilidad*, así como por aproximación y la necesidad de *dar solución al conflicto, evitar la injusticia y cumplir el principio de «alterum non laedere» evitando la impunidad de tales conductas.*

El juez *a quo* valoró el daño moral de los menores en un importe que corresponde a la mitad de la indemnización por daño material, en tanto que el daño moral ocasionado a la madre que se valora en un 25% de la suma señalada para los menores, y la parte recurrente considera que dicha decisión carece de motivación y que las indemnizaciones reconocidas no son proporcionales a los efectos producidos por el actuar gravemente negligente de la demandada.

En el caso de los menores el juez *a quo* reconoce una indemnización como daño moral, concedida básicamente por la *falta de lazos paterno filiales*, justificando su cuantía en la aceptación de las familias mono-parentales que no constituye un estigma o un descrédito para los niños, más la retirada del afecto que los menores han sufrido por parte del que se suponía era el padre. A juicio de la parte recurrente la cifra acordada no repara íntegramente el daño moral que se ha ocasionado a los menores, pues a pesar de la normalidad social de las familias monoparentales, la situación sufrida por los menores y por la madre es absolutamente anormal, y los hechos van a ser tenidos por extraordinarios tanto

por los implicados como por las personas que se relacionen de forma personal con los menores.

La falta de relación paterno-filial implica un componente de enseñanzas, de ejemplificación en todos los aspectos de la vida. No solo afecta a la carencia de los vínculos afectivos con el padre si no también con toda la familia de este. Elementos todos importantes en el desarrollo integral de los menores. Se rompe, a su vez, la red de soporte familiar importante. Ya no hay por ejemplo abuelos, tíos, primos que tengan derecho de relaciones personales con los menores. Todo ello integra el daño moral. En este aspecto nos encontramos en una situación muy parecida a la del reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial y su posterior impugnación<sup>7</sup>.

A ello hay que añadir una dimensión más grave y amplia que afecta a los derechos fundamentales, como es el principio de *veracidad biológica*.

La *imposibilidad de llegar a conocer su identidad genética* imposibilita la realización del principio de veracidad biológica y de ahí que se considere que la indemnización por daño moral a favor de los menores debe ascender hasta la suma de 72.000 euros para cada uno, dado que opera el límite de los 150.000 euros solicitados para cada menor en la demanda, habiéndose reconocido en la sentencia la suma de 78.000 euros a cada uno en concepto de daño material.

Realmente la cuantificación del daño tanto en primera como en la segunda instancia por el juzgador ha sido pequeña pues la Audiencia otorga a cada hijo 50.000 euros por los daños morales, cuando la Ley 35/2015 de 22 de septiembre en el nuevo sistema de valoración de daños acaecidos como consecuencia de accidente de circulación otorga a los menores de 14 por la muerte de un padre la suma de 90.000 euros.

## 2. DERECHOS DE LOS MENORES AFECTADOS: EL PRINCIPIO DE VERACIDAD BIOLÓGICA Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA

El principio de veracidad biológica del que es un presupuesto el conocer el propio origen biológico es un derecho fundamental que se encuadra dentro del derecho a la dignidad de las personas. En este punto los tribunales han concretado diferentes cuestiones al respecto: así la STS de 5 de noviembre de 1987<sup>8</sup> resalta el rango constitucional del derecho a investigar la paternidad, la STC 138 de 26 de mayo de 2005<sup>9</sup> conecta dicho derecho con el artículo 10.1 CE (dignidad humana y derecho que le son inherentes), y, por último, la STS de 21 de septiembre de 1999<sup>10</sup>, trata del derecho de las personas a conocer su herencia genética, que puede ser vital para preservar la salud.

En la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España, concretamente en su artículo 7 se establece que el niño tiene derecho a un nombre, a una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a *conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*. Y en conexión con aquel, en el artículo 8 se recogen las obligaciones de los Estados Parte para prestar la asistencia y protección apropiadas para restablecer la *identidad del niño* que se vea ilegalmente privado de alguno de estos elementos.

También en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ley 14/2006 de 26 de mayo, en su artículo 5.5 se declara que la donación de esperma o de gametos es anónima, manteniéndose en secreto la identidad del donante, pero *reconoce tanto a las receptoras de gametos como a los hijos el derecho a obtener*

*información general sobre el donante (identidad genética) e incluso les reconoce el derecho de llegar a conocer su identidad en supuestos de peligro para la vida del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes penales procesales.*

En este caso estas circunstancias nunca van a ser posibles precisamente por el error de la clínica que no sabe que material genético ha implantado en la madre. La lesión que se ha producido a los menores a consecuencia del *cumplimiento defectuoso* de la clínica de fertilidad tiene una *dimensión mucho más amplia que la pérdida de afecto paterno-filial que ha valorado el juez a quo para fijar el quantum indemnizatorio, afectando a la propia identidad y dignidad de los menores, a la imposibilidad de los mismos de ejercer su derecho constitucional a investigar la paternidad, al conocimiento de la verdad biológica y consecuentemente al conocimiento de la herencia genética.*

#### IV. DIFICULTAD EN LA CONCRECIÓN DE LOS DAÑOS MORALES EN LA MADRE

##### 1. EL DAÑO MORAL EN LA MADRE AFECTADA: DERECHO A SER INSEMINADA POR SU PAREJA Y NO POR UN TERCERO

El daño moral de la madre se circunscribe, fundamentalmente, al hecho de que *ha tenido unos hijos de persona no conocida, cuando su voluntad era concebirlas de quien en ese momento era su pareja*, hecho que a su juicio aparece como grave y escandaloso.

El juez *a quo* justifica la escasa indemnización en el hecho de que «consta en autos que la pareja había decidido poner fin a su relación antes de que se practicaran las pruebas de paternidad y que se conocieran estas circunstancias, así como que en el informe pericial psicológico no se objetiva un daño psicológico especialmente grave».

Evidentemente el daño producido puede considerarse de extrema relevancia y desde luego excede con creces las *meras molestias o frustraciones de un mero cumplimiento defectuoso o incumplimiento contractual*.

La usuaria de la técnica de reproducción asistida tenía una finalidad concreta que era la de quedarse embarazada del compañero con el que compartía su vida en ese momento, y no simplemente quedarse embarazada sin más. Por lo que el resultado que finalmente se produjo no era ni remotamente predecible, ni mucho menos deseado, y en el consentimiento informado ni siquiera se contempla la posibilidad de que sus óvulos fueran fertilizados con esperma de otra persona que no fuera el de su pareja.

##### 2. DERECHO A SU INTEGRIDAD Y A SU HONOR

El presunto padre se sometió a la prueba de paternidad cuando la ruptura de la pareja ya era una realidad. Pues ya sospechaba de su propia paternidad desde el momento de la concepción<sup>11</sup> lo que influyó en la ruptura de la relación de pareja. Por ello una vez inmerso en el procedimiento de guarda y custodia, con Auto de medidas provisionales que le obligaba a abonar una pensión de 230 euros mensuales para cada uno de los hijos y la mitad de los gastos extraordinarios, decidiera confirmar sus sospechas mediante la prueba biológica, dirigida a liberarse de sus obligaciones paterno-filiales.

Aunque las causas de la separación fueran otras, lo cierto es que una vez que su compañero tuvo la certeza de que los hijos no eran suyos, le atribuyó abiertamente una *conducta deshonesto y adúltera acusándola de haberle sido infiel*. Manifestaciones que le dirigió a ella y a todas aquellas personas que se encontraban en el entorno de la pareja. Esta conducta afectó a la usuaria de las técnicas de reproducción asistida en su integridad y en su honor, causando un sufrimiento y daño moral obvio, al margen de que no haya necesitado tratamiento psicológico o psiquiátrico.

A ello hay que añadir el sufrimiento moral soportado por la madre durante la sustanciación del procedimiento, por barajar el compañero que ella tuvo relaciones sexuales con un tercero durante la técnica de la reproducción asistida al extremo que tuvo que aportarse prueba pericial en la que se afirmó que el embarazo se produjo necesariamente en el ciclo de la implantación de los embriones...<sup>12</sup>.

Consideramos que en este caso se ha producido una vulneración contra el honor porque el ataque de la antigua pareja produce una lesión del honor —entendido en sentido amplio— pues tiene lugar tanto en el *marco íntimo o familiar* como en el *marco externo de su entorno social*. Hay una vulneración al honor por las manifestaciones objetivamente difamatorias. Se ataca a los dos aspectos del honor, tanto a la estimación que cada persona hace de sí misma como al reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad. Se ataca el *honor* y también la *fama*, esto es, la reputación o consideración ajena, con lo que los demás piensen de la afectada. (*Vid.*, las STS de 30 de julio de 2001<sup>13</sup>, 31 de octubre de 2002<sup>14</sup> y 28 de marzo de 2005<sup>15</sup>, que aluden a los derechos de la personalidad o extrapatrimoniales, a los derechos inmateriales de la persona, pues afectan a intereses espirituales del ser humano).

### 3. EL DESCONOCIMIENTO DEL VERDADERO PADRE DE SUS HIJOS

Al no conocer la identidad del padre biológico de sus hijos se conculca además su derecho a obtener *información general del donante* como se establece en la LTRHA en el caso de la opción de fecundación por donante anónimo para decidir libremente. En este caso la apelante no decidió ni consintió en ser inseminada con esperma de un donante anónimo, y no tuvo ni tiene posibilidad alguna de ser informada de ninguna forma sobre la identidad genética de este donante, y no puede prever de ninguna forma qué características biológicas han heredado sus hijos, ni qué enfermedades o padecimientos. Cita en su apoyo la STC de 27 de octubre de 2005<sup>16</sup> que establece que la investigación de la paternidad no puede quedar reducida a un derecho del hijo alcanzando también a los progenitores el conocimiento de la verdad biológica, y la conexión de este derecho con la dignidad de la persona.

Daño que tiene una dimensión mucho más amplia que la que el juez recoge en la sentencia pues afecta a derechos inviolables como es la *libertad personal, la autonomía de la voluntad, la dignidad, el honor, la integridad moral, la maternidad, el derecho a la identidad biológica, e incluso el derecho a la propia vida, a la autonomía de la paciente, y el derecho a la autodisposición sobre el propio cuerpo* (STS de 12 de enero de 2001<sup>17</sup> y 11 de mayo de 2001<sup>18</sup>).

### 4. MATERNIDAD EN SOLITARIO NO DESEADA

Y como consecuencia de todo lo anterior, la madre se encuentra sola al afrontar la maternidad. Situación que en ningún momento ha deseado. Hecho

que supone asumir todos los deberes y derechos de la relación paternofilial por partida doble con dos bebés totalmente en contra de su voluntad.

Consecuencia de lo cual se produce un cambio muy relevante en la vida de la madre: hablamos de aplazamiento considerable en la promoción profesional, desarrollo de su carrera, independientemente del impacto que supone afrontar en solitario la vida diaria de los menores<sup>19</sup>.

#### 5. EL CARÁCTER DE LA AFECTADA: EL ARGUMENTO DE INEXISTENCIA DE DAÑO MORAL POR AUSENCIA DE DEPRESIÓN

Y sentado todo lo anterior, la sentencia de instancia argumenta que no se objetiva el daño moral por la existencia de estabilidad emocional y psíquica en la perjudicada.

Aunque indica su situación de angustia por la situación en la que se ha visto envuelta por el error de la clínica se le perjudica indicando la inexistencia de daño moral por su carácter que le perjudica, la hace mantener su estabilidad emocional. Alegándose acertadamente por ella que de no haberse mantenido inalterada psicológicamente hubiera tenido que acudir a un tratamiento médico o psicológico, y consecuentemente las indemnizaciones solicitadas habrían sido mayores, y no solo en el plano del daño moral, sino también en el daño material, ya que se habría objetivado un daño patrimonialmente resarcible en el coste de gastos médicos, farmacéuticos, etc, y tal circunstancia no desmerece el daño moral que efectivamente se le ha causado.

#### V. EFECTOS DEL ERROR CONTRACTUAL

Tras la separación de su compañero sentimental la madre ha tenido que asumir una maternidad en solitario y además, al desconocerse el padre, y verse los menores desprovistos de padre *no se traduce exclusivamente en la pérdida de una pensión de alimentos hasta que los mismos sean independientes económicamente*.

Quando una usuaria de las técnicas de fecundación acude a una clínica lo hace con distintas motivaciones, criar en solitario a un hijo o hacerlo con su marido, mujer, o compañero/a, esto es con su pareja. La finalidad es asumir una *paternidad compartida*, no solo como cuestión económica, sino que comprende educar en todos los sentidos, compartir los hábitos familiares, las actividades cotidianas, el tiempo libre, etc. Es importante además de compartir las cargas económicas con el otro progenitor, compartir responsabilidades y los tiempos. Y aunque la sociedad no desprestigia y reconoce la existencia de las familias monoparentales, en el caso que nos ocupa la situación de la madre ha sido impuesta por un error de la clínica dejando a su exclusivo cargo dos niños de corta edad.

De hecho, la pareja acude al centro para obtener un hijo común teniendo ya descendencia previa ambos. La madre no tenía ningún impedimento físico para serlo de forma natural, sin embargo, al estar vasectomizado el varón era imprescindible acudir a una técnica de reproducción asistida para poder ser padre biológico de nuevo. La técnica propuesta, en razón de la concreta situación y deseos de la pareja, fue la de «fertilización in vitro», realizando una biopsia testicular para la obtención de esperma con el cual fecundar un ovocito a la perjudicada a través de «microinyección espermática», y posterior transferencia de uno o varios embriones obtenidos al interior de esta. Si su deseo hubiera

sido una paternidad conjunta no necesariamente biológica podían haber acudido a la adopción, o a la fecundación con esperma de donante. Sin embargo la técnica elegida era la única óptima para obtener el fin esencial perseguido por la pareja, y, particularmente, la perjudicada deseaba tener descendencia común con su expareja y que este fuera el padre biológico del hijo buscado. Se descarta la posibilidad de una relación ajena.

En consecuencia, el Tribunal ante la dificultad de la prueba directa acerca de si la perjudicada había mantenido una relación con un tercero acude a la prueba de presunciones extraña de la prueba practicada en el proceso, bajo el sustento de las máximas de experiencia y el resultado racional y lógico del proceso deductivo de la prueba practicada. Se incide para ello en que el embarazo de la perjudicada se produce en el ciclo temporal en el cual se realiza la extracción de ovocitos y la transferencia de embriones.

## VI. CONCLUSIONES

I. En el supuesto analizado se quiebra el principio del interés superior del menor (en este caso menores), referido al derecho a la identidad genética frente al prevalente derecho a la intimidad del donante. Pues se confirma con esta sentencia que el derecho a la intimidad de los donantes de gametos y preembriones es prevalente al derecho a la identidad genética, es decir, al derecho del hijo a conocer quién es su progenitor, según ya se estableció en la LRHA. Principio que es prioritario en temas relacionados con el Derecho de Familia.

II. El incumplimiento contractual de la clínica por su actuación negligente en el control de identificación y trazabilidad del material reproductivo produce unos daños impensables en diferentes sujetos afectados.

III. Se producen daños morales en la madre que es fertilizada por material genético de un tercero en vez del de su pareja, que termina afrontando una maternidad en solitario en contra de su voluntad expresa, que ve conculcado su derecho al honor y fama por su expareja, por el desconocimiento de saber quién es el padre de sus hijos, por el impacto que tiene en su vida habitual.

IV. Los menores resultan perjudicados por el daño moral que supone el desconocimiento y la imposibilidad de conocer su identidad genética, por la falta de lazos paternofiliales y de la familia paterna en general. Además de los daños materiales que se producen ante la ausencia de padre, en la pensión alimenticia.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> I., Reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial. Ejercicio de la acción de impugnación de la misma. En *RCDI*, Estudios jurisprudenciales. Derecho civil, núm. 758, noviembre-diciembre, 3341 a 3362.

MAGRO SERVET, V., La responsabilidad por daños causados por inseminación artificial por error al no hacerlo de la pareja de la receptora, sino de tercero, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 132, Tercer trimestre de 2017 (*La Ley* 2017, 10109).

ROMERO COLOMA, A. M.<sup>a</sup>, Identidad genética frente a intimidad, *Diario La Ley*, núm. 7199, Sección Tribuna, 18 de junio de 2009, Año XXX, Ref. D-221, Editorial La Ley (*La Ley* 2009, 12347).



## VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TJUE, TC, TS Y AP) Y RESOLUCIONES CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STC, Pleno, Sentencia 138/2005 de 26 de mayo de 2005, Rec. 929/1996. Ponente: Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ. (*La Ley* 2005, 1328).
- STC, Pleno, Sentencia 273/2005 de 27 de octubre de 2005, Rec. 1687/1998. Ponente: Elisa PÉREZ VERA. (*La Ley* 2005, 1947).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 779/2001 de 30 de julio de 2001, Rec. 1734/1996. Ponente: Román GARCÍA VARELA (*La Ley* 2001, 8262).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 447/2001 de 11 de mayo de 2001, Rec. 1044/1996. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ (*La Ley* 2001, 3457).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 3/2001 de 12 de enero de 2001, Rec. 3688/1995. Ponente: José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (*La Ley* 2001, 1255).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1031/2002 de 31 de octubre de 2002, Rec. 1308/1997. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ (*La Ley* 2002, 7963).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de octubre de 1996, Rec. 1805/1993. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES (*La Ley* 1996, 10182).
- STS Sala Primera, de lo Civil, de 5 de noviembre de 1987. Ponente: Antonio CARRETERO PÉREZ (*La Ley* R/1988, 9953).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 287/1984 de 9 de mayo de 1984. Ponente: Carlos DE LA VEGA BENAYAS (*La Ley* 1984, 931).
- SAP de Las Palmas, Sección 5.<sup>a</sup>, Sentencia 226/2016 de 16 de mayo de 2016, Rec. 461/2013. Ponente: Mónica GARCÍA DE YZAGUIRRE (*La Ley* 2016, 83410).

## IX. LEGISLACIÓN CITADA

- Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida 14/2006 de 26 de mayo.
- Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

## NOTAS

<sup>1</sup> SAP de Las Palmas, Sección 5.<sup>a</sup>, Sentencia 226/2016 de 16 de mayo de 2016, Rec. 461/2013. Ponente: Mónica GARCÍA DE YZAGUIRRE (*La Ley* 2016, 83410).

<sup>2</sup> Concesión a cada uno de los hijos nacidos de una indemnización de 70.000 euros por daños materiales por la pérdida de la pensión alimenticia de quien debía haber sido su padre biológico y 50.000 euros por daños morales al haberse visto privados de la relación paterno-filial que mantenían con el que en principio se creía su padre y toda la familia paterna.

<sup>3</sup> Concesión a la madre de una indemnización de 75.000 euros por daños morales por la afectación personal y el impacto en su vida derivada del hecho de tener que afrontar en solitario y de forma exclusiva, durante toda la minoría de edad de los hijos, la situación de maternidad. Padecimiento y angustia derivada de no conocer la identidad del padre de sus hijos y la constatada reacción de rechazo social a la situación creada.

<sup>4</sup> Como textualmente dice MAGRO SERVET, Vicente (La responsabilidad por daños causados por inseminación artificial por error al no hacerlo de la pareja de la receptora, sino de tercero, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 132, Tercer trimestre de 2017. [La Ley 2017, 10109]).

<sup>5</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de octubre de 1996, Rec. 1805/1993. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES (La Ley 1996, 10182). Sentencia que establece que «la acción reparadora del artículo 1902 comprende el daño moral, referido hoy día no solo al ataque a los derechos de la personalidad y sí al sufrimiento psíquico que pueda originar la pérdida de bienes materiales, pero ello no ha de producirse en todo caso y cuando, como aquí ocurre, no se dan por probados tales daños...».

<sup>6</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 287/1984 de 9 de mayo de 1984. Ponente: Carlos DE LA VEGA BENAYAS (La Ley 1984, 931). Refiriéndose a los daños morales ya indicó dicha sentencia que «la petición se refiere al resarcimiento de daños morales repercutibles o morales indirectos, precisa tener en cuenta que la *relatividad e imprecisión forzosa del daño moral impide una exigencia judicial estricta respecto de su existencia y traducción económica o patrimonial y por lo mismo exige atemperar con prudente criterio ese traspaso de lo físico o tangible a lo moral o intelectual y viceversa, paso que, si filosóficamente es tenido por imposible (el del mundo del ser al del debe ser), jurídicamente ha de ser resuelto por aproximación y necesidad pragmática de resolver el conflicto y de dar solución a la finalidad social que el Derecho debe conseguir para evitar la injusticia y cumplir el principio del «alterum non laedere» y con ello la impunidad de tantas y tantas conductas que la actual sociedad tecnificada y burocratizada produce, al abrigo de la masificación de los servicios y contratos colectivos y de adhesión, estatales o paraestatales; y sin olvidar tampoco que en punto a esta clase de perjuicios y daños inmateriales, su producción, su existencia y su realidad, es decir, su prueba, es, paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual...».*

<sup>7</sup> *Id.*, mi trabajo sobre Reconocimiento de complacencia de la paternidad matrimonial. Ejercicio de la acción de impugnación de la misma, en *RCDI*. Estudios jurisprudenciales. Derecho civil, núm. 758, noviembre-diciembre, 3341 a 3362.

<sup>8</sup> STS Sala Primera, de lo Civil, de 5 de noviembre de 1987. Ponente: Antonio CARRETERO PÉREZ (La Ley R/1988, 9953), en la que se establece que «pues no cabe duda del rango constitucional del derecho a investigar la paternidad, en cuanto se estima más protegible, en interés del menor, la realidad, a la ficción formal (art. 39.2 de la Constitución Española), principio además acogido expresamente en el artículo 131.1.º y 134.1.º del Código Civil, por lo cual este motivo es invariable».

<sup>9</sup> STC, Pleno, sentencia 138/2005 de 26 de mayo de 2005, Rec. 929/1996. Ponente: Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ (La Ley 2005, 1328). Referida a la inconstitucionalidad del artículo 136.1 del Código Civil.

<sup>10</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 21 de septiembre de 1999, Rec. 2854/1994. Ponente: José ALMAGRO NOSETE (La Ley 1999, 11665).

<sup>11</sup> Consta en el historial médico aportado por la propia demandada, que cuando se le practicó la biopsia testicular se le informó que era improbable que sus espermatozoides pudieran fecundar óvulo alguno, y con ese esperma al que se le había augurado un mal pronóstico se fertilizan con éxito cuatro de cinco óvulos de la señora Adela (80% de éxito), dando lugar a cuatro embriones de los que se transfieren de forma efectiva dos el 22 de marzo de 2007.

<sup>12</sup> La pareja de la perjudicada, una vez que tuvo la certeza de que los hijos no eran suyos, le atribuyó abiertamente una conducta deshonesta y adúltera acusándola de haberle sido infiel, manifestaciones que le dirigió a ella y a todas aquellas personas que se encontraban en el entorno de la pareja, y ello afectó a la integridad y al honor de la perjudicada, causando un sufrimiento y daño moral obvio, al margen de que no haya necesitado tratamiento psicológico o psiquiátrico. El centro clínico insistió en que la perjudicada tuvo relaciones sexuales con un tercero durante la técnica de la reproducción asistida.

<sup>13</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 779/2001 de 30 de julio de 2001, Rec. 1734/1996. Ponente: Román GARCÍA VARELA (La Ley 2001, 8262). Contrato de prestación de servicios profesionales. La situación derivada de falta de comunicación alegada no encaja en el concepto de *daños morales, que son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la*

dignidad, la estima social o la salud física o psíquica, esto es, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales, según las posiciones establecidas en la doctrina jurisprudencial, y, para resarcirle de las tareas inútiles por omisión del aviso del contrato de compraventa entre las codemandadas basta la retribución al letrado recurrente de los honorarios profesionales correspondientes a sus servicios de asistencia jurídica en el juicio de desahucio para el que fue contratado.

<sup>14</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 1031/2002 de 31 de octubre de 2002, Rec. 1308/1997. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ (La Ley 2002, 7963). En la ruina funcional de un edificio por humedades derivadas de su incorrecta impermeabilización es improcedente la indemnización fijada por daño moral. *Lesión de un derecho subjetivo que incide exclusivamente en la esfera patrimonial. Inexistencia de atentado alguno contra bienes inmateriales de la persona.* En el FJ 5.º se afirma que «No es correcta la apreciación del daño moral. El concepto de este es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda este que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo, es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del pretium doloris. Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial».

<sup>15</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 222/2005 de 28 de marzo de 2005, Rec. 4185/1998. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ (La Ley 2005, 914). Contrato de cambio por el que se adquirieron en un banco dólares que resultaron ser falsos (Incumplimiento contractual). Intento de apertura de una cuenta corriente en un país extranjero con esos dólares. Detención del demandante que fue interrogado públicamente, llevado a dependencias policiales y fichado. Negligencia del banco demandado. Cuantía de la indemnización. Resarcimiento del daño moral: 360.000 euros.

«La cuestión del daño moral es el extremo esencial del presente recurso de casación. Afecta a intereses espirituales del ser humano y se concreta a la perturbación en el ámbito personal del sujeto, aunque no incida en intereses económicos. Este es el daño objeto de la acción ejercitada».

<sup>16</sup> STC, Pleno, sentencia 273/2005 de 27 de octubre de 2005, Rec. 1687/1998. Ponente: Elisa PÉREZ VERA. (La Ley 2005, 1947). Inconstitucionalidad del artículo 133.1 del Código Civil. El enunciado de la norma, al restringir al hijo la legitimación para reclamar en tal caso la filiación, y al excluir, en consecuencia, al progenitor, resulta incompatible con el mandato constitucional de hacer posible la investigación de la paternidad y, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Anulación completa por el legislador del eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial. Imposible interpretación del precepto «*secundum constitutionem*», en cuanto que supondría la interpretación extensiva de una regla restrictiva.

<sup>17</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 3/2001 de 12 de enero de 2001, Rec. 3688/1995. Ponente: José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (La Ley 2001, 1255). Sentencia relativa al derecho del paciente a prestar su consentimiento a ser informado de los actos médicos que se le practiquen. Vinculación con el elenco de libertades fundamentales tradicionales.

<sup>18</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 447/2001 de 11 de mayo de 2001, Rec. 1044/1996. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ (La Ley 2001, 3457). Referida a la naturaleza de los actos médicos: Obligación de medios y obligación de resultado. Engendramiento de un hijo tras la vasectomía practicada.

<sup>19</sup> MAGRO SERVET, Vicente: La responsabilidad por daños causados por inseminación artificial por error al no hacerlo de la pareja de la receptora, sino de tercero, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 132, Tercer trimestre de 2017 (La Ley 2017, 10109).

## 1.2. Familia

La responsabilidad de los bienes gananciales.  
El ejercicio del comercio por persona casada  
y la posición del cónyuge no comerciante (y II)

*The responsibility of the joint property.  
The exercise of the trade for married person  
and the position of the spouse not businessman  
(and II)*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM*

**RESUMEN:** Los bienes gananciales responden por las deudas contraídas en el ejercicio del comercio tal como establece el artículo 1365.2 del Código Civil que, remite al Código de Comercio, dotando para ello de un régimen específico. El presente estudio se va a centrar precisamente en la responsabilidad de los bienes gananciales ante las deudas comerciales, a la posición jurídica del cónyuge no comerciante, a su posible consideración o no como consumidor y, en consecuencia, a la aplicabilidad o no de los controles de abusividad y transparencia en los contratos de préstamo o crédito hipotecarios suscritos por el cónyuge comerciante y en cómo se sustancian tales controles de resultar operativos.

**ABSTRACT:** *The joint property answers of the carried away debts in the exercise of the trade as there establishes the article 1265.2 of the civil code that the sends to the code of trade, providing for it with a specific regime. The present study is going to centre precisely on the responsibility of the join property to the juridical position if the spouse not merchant, to his possible consideration or not as consumer and in consequences to the applicability or not of the controls of transparency in the contracts of martgage lending signed by the spouse merchant and in since such controled develop.*

**PALABRAS CLAVES:** Sociedad de gananciales. Actividad profesional y empresarial. Cónyuge comerciante. Consumidor. Consentimiento. Fianza. Control de abusividad. Control de transparencia. Préstamo o crédito hipotecario.

**KEY WORDS:** *Company of joint property. Profesional and managerial activity. Businessman. Consumer. Assent. Bail or endorsement. Control of transparency. Mortgage lending.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL EJERCICIO DEL COMERCIO POR EL CÓNYUGE CASADO. ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD: 1. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MERCANTIL. 2. CALIFICACIÓN DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL O COMERCIAL. 3. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MERCANTIL. 4. CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE NO COMERCIANTE. 5. LA REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO AL EJERCICIO DEL COMERCIO. 6. EL EJERCICIO ORDINARIO DE LA PROFESIÓN, ARTE U OFICIO.—III. CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS: 1. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN GENERAL Y ALCANCE. 2. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS DE DOBLE FINALIDAD. 3. LA CONDICIÓN DEL CONSUMIDOR DEL FIADOR/AVALISTA.—IV. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD. SU APLICACIÓN AL CÓNYUGE NO EMPRESARIO COMO CONSUMIDOR.—V. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN CUANDO EL ADHERENTE ES UN PROFESIONAL O EMPRESARIO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

#### IV. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD. SU APLICACIÓN AL CÓNYUGE NO EMPRESARIO COMO CONSUMIDOR

En la contratación en masa el contenido del contrato se redacta previamente, pensando en su utilización por uno de los contratantes —empresario o profesional— en una pluralidad de contratos del mismo tipo que ese contratante celebre, ya sea, y principalmente, con consumidores, ya sea con otros profesionales.

El artículo 51 de la Constitución española establece como uno de los principios reguladores de la política económica y social, la promoción y defensa de los intereses de consumidores y usuarios. Así el referido precepto constitucional dispone que, los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

En nuestro Derecho, en aras de una adecuada protección del consumidor, son varias las fuentes legales existentes: por un lado, la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), y las disposiciones que la desarrollan. Esta ley es consecuencia de la Directiva 93/13/CEE, 5 de abril sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores. Junto al régimen legal aplicable a las condiciones generales de la contratación, esta Ley 7/1998 modificó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, a fin de establecer un régimen de protección específico y más intenso, cuando el adherente es un consumidor. Este régimen de protección se encuentra ahora regulado en los artículos 80 a 91 del TRLGDCU; y, no gira en torno al concepto legal de condición general, sino que se refiere a la idea más amplia de cláusulas no negociadas individualmente (art. 82.1), es decir, predispuestas e impuestas. De forma que, las condiciones generales de la contratación como cláusulas predispuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos, son un tipo concreto de cláusulas no negociadas individualmente. Por lo que tal como establece el artículo 1.1 de la LCGC son condiciones generales de la contratación: *«las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos»*; y el apartado 2 del mismo precepto

aclara que «el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas asiladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión». En consecuencia, son requisitos comunes a las condiciones generales y a las cláusulas no negociadas individualmente, la contractualidad, la predisposición<sup>1</sup>, y la imposición<sup>2</sup>, y, tratándose de condiciones generales, se añade además que, se trata de cláusulas predisuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos. En todo caso, en estos contratos bajo condiciones generales existe consentimiento contractual válido, si bien la voluntad del consumidor se ve limitada al no hallarse en situación de igualdad, pues se limita a aceptar o no las condiciones que le ofrece el predisponente —la contraparte—<sup>3</sup>. Sobre tales bases hay que señalar que el régimen de la LCGC, por un lado, es más amplio que el del Real Decreto 1/2007, puesto que, se aplica no solo a los contratos con consumidores, sino también a los celebrados entre profesionales; mientras que este último se aplica únicamente al adherente-consumidor; y por otra parte, el régimen de la LCGC es más limitado que el del Real Decreto 1/2007, pues solo afecta a las cláusulas no negociadas individualmente destinadas a una pluralidad de contratos, mientras que el Real Decreto 1/2007, incluye, además de estos, los contratos particulares que hayan sido redactados, en todo o en parte, por uno de los contratantes, esto es, cuyas cláusulas no hayan sido negociadas individualmente. Para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor. En este sentido, la Exposición de Motivos de la LCGC indica que, no cabe identificar condición general de la contratación, por más que sean prerredactadas e impuestas con cláusulas abusivas, o en otras palabras, las condiciones generales no son por sí ilícitas ni abusivas, sino que lo será en la medida en que incurran en los supuestos legalmente previstos. Asimismo proclama que *«una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes y no tiene por qué ser abusiva. En cambio, cláusula abusiva es la que en contra de la exigencia de la buena fe causa un detrimento del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares»*. Y, a continuación insiste que *«la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual»*, y que *«las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de estos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o —en ciertos casos de contratación o escrita— exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas»*.

Asimismo, la Ley identifica a las partes del contrato como: predisponente y adherente. El predisponente es el profesional, persona física o jurídica, que en sus negocios jurídicos con terceros hace uso de cláusulas prerredactadas que han sido elaboradas con la finalidad de ser incluidas en una pluralidad de contratos. Debe tenerse en cuenta que la norma se aplica tanto a sujetos de Derecho privado como de Derecho público. Mientras que el adherente puede ser consumidor

o no, pudiendo ser también otro profesional que no actúe en el marco de su actividad, puede ser persona física o jurídica. Cuando el adherente sea otro profesional, la posición de abuso o dominante podrá plantearse en el marco de las normas generales de la contratación, no en el específico cauce de las cláusulas abusivas. La *ratio* del artículo 1 de la LCGC determina que, el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho que, el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando en este supuesto nos encontramos ante cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por parte del consumidor medio; de forma que la norma no exige que la condición se incorpore «a todos los futuros contratos que firme cualquier consumidor, sino a una pluralidad de ellos».

En este contexto, el artículo 82 del Real Decreto 1/2007 introduce dos previsiones relativas concretamente a la calificación de una cláusula no negociada individualmente: 1. «El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato» (apartado 2); y, 2. La carga de la prueba acerca de si una cláusula ha sido o no negociada individualmente incumbe al profesional que afirme que ha sido negociada individualmente (art. 82.2.II).

En cuanto a la incorporación de las condiciones generales a la reglamentación contractual, se reconduce a tres reglas: 1. Las reglas de control de inclusión o incorporación que, incluye el control de transparencia —claridad, concreción y sencillez en la redacción de las cláusulas— y, establecen los requisitos previos que deben reunir las condiciones generales para formar parte del contenido de un contrato, esto es, el conjunto de exigencias legales para que una cláusula pueda considerarse válidamente incluida en un contrato (arts. 5 y 7 a 10 de la LCGC y el art. 80.1 del Real Decreto 1/2007). De la dicción del artículo 5 LCGC pueden inferirse los siguientes requisitos para la válida incorporación de las condiciones generales de la contratación: a) Aceptación por el adherente de su incorporación al contrato y que este sea firmado por todos los contratantes; b) El contrato haga referencia a las condiciones generales incorporadas; c) El predisponente haya informado expresamente al adherente acerca de la existencia de condiciones generales de la contratación; d) El predisponente haya facilitado un ejemplar de las mismas; y e) La redacción de las cláusulas se ajuste a los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Establece asimismo el artículo 5 en sus apartados primero, segundo y tercero determinadas concreciones en relación a la información que ha de realizar el predisponente de la condición general en función de si la contratación fuese telefónica, electrónica o el contrato no deba formalizarse por escrito. Y, en relación con la transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos suscritos con consumidores, esta incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato —control de transparencia cualificado—. Este control de incorporación actúa en la fase de perfección del contrato, buscando garantizar la correcta formación de la voluntad contractual por el adherente, por lo que incide en la formación del consentimiento; el control de incorporación no analiza la legalidad intrínseca de la cláusula en cuestión, sino si esta puede o no incorporarse válidamente en el contrato. 2. Las reglas de interpretación de las condiciones generales, que establecen criterios de interpretación favorables al adherente (arts. 6 de la LCGC y 80.2 del Real Decreto 1/2007). 3. Las reglas de control de contenido dirigidas a censurar las condiciones cuyo contenido sea abusivo, o las contrarias a la Ley. Este control afecta al significado contractual de un contrato correctamente formado. Por lo que, la técnica del control de con-

tenido fuerza a una tarea de depuración del contrato que comienza por eliminar la cláusula abusiva, y que continúa con la exigencia de una labor judicial activa de integración del contenido contractual, como alternativa a la inviabilidad del contrato, si aquella no pudiera llevarse a cabo. Nuestro Derecho establece solo normas de control de contenido referidas específicamente a las cláusulas predisuestas en contratos con consumidores (art. 80 y 82 del Real Decreto 1/2007). De forma que, no hay un sistema de control de contenido específico para las condiciones generales de los contratos —fuera de los derivados genéricamente en los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil—, sino solo para aquellas condiciones generales en las que el adherente es consumidor, este control debe detenerse en el análisis, dentro del ámbito del artículo 8.1 de la LCGC de la posible vulneración por la cláusula constitutiva de condición general de contratación de leyes imperativas o prohibitivas.

Por su parte, hay que señalar que el artículo 7 LCGC completa los requisitos de incorporación en su vertiente negativa, al establecer que no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato. Y, asimismo, el artículo 5 de la LCGC en su apartado cuarto establece una disposición imperativa en cuanto a la redacción de las cláusulas. La expresión «deberá» determina que si la redacción de las cláusulas generales no se adaptase a los requisitos mencionados, la misma no sería válida y debería ser expulsada del contrato o no incorporada a la misma.

Por todo ello, de no cumplirse los requisitos de inclusión, si la cláusula merece el calificativo de condición general, no se incorpora al contrato por aplicación del citado artículo 7 de la LCGC; y si no merece tal calificativo es nula de pleno derecho (art. 6.3 del Código Civil). Por su parte, el control de contenido de cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores, exige que el contenido de las mismas responda a los principios de *«buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas»* [art. 80.1 c) del Real Decreto 1/2007]. Además, el artículo 82.1 establece que: *«se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»*; y, por último, se consideran abusivas en todo caso, las cláusulas contenidas en los artículos 85 a 90 del Texto Refundido —Real Decreto 1/2007—. De calificarse una cláusula de abusiva conlleva la nulidad parcial con integración del contrato, (art. 1258 del Código Civil) o la nulidad total de este. En todo caso, conforme al artículo 82.4 del Real Decreto 1/2007 son, en todo caso, abusivas las cláusulas que: a) Vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) Limiten los derechos del consumidor y usuarios; c) Determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) Impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) Resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; y, f) Contravengan las reglas de la competencia y derecho aplicable<sup>4</sup>. Sobre tales bases, el control de incorporación



o inclusión afecta a todo tipo de contratos con condiciones generales, no solo a aquellos en los que intervengan consumidores; el control de transparencia afecta a los contratos con consumidores y, ambos pueden afectar a las cláusulas que definen elementos esenciales del contrato; y el control de contenido no puede afectar a los elementos esenciales del contrato y desde la perspectiva del análisis de la abusividad de las cláusulas solo resulta aplicable a contratos en los que intervengan consumidores, tengan o no condiciones generales.

En este contexto, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección Pleno, de 22 de abril de 2015<sup>5</sup> «la jurisprudencia de esta Sala (sentencias núm. 496/2012, de 18 de junio, número 241/2013, de 9 de mayo, núm. 166/2014, de 7 de abril, núm. 246/2014, de 28 de mayo, núm. 464/2014, de 8 de septiembre, núm. 677/2014, de 2 de diciembre) ha considerado que la contratación bajo condiciones generales constituye un auténtico modo de contratar, claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en el Código Civil. Su eficacia exige que, además de la prestación del consentimiento del adherente a la inclusión de unas cláusulas redactadas de un modo claro y comprensible, y transparente en sus consecuencias económicas y jurídicas, el profesional o empresario cumple unos especiales deberes de configuración del contrato predispuesto en el caso de cláusulas no negociadas en los contratos celebrado con consumidores, que supongan el respeto, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas».

Ahora bien, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha declarado en varias sentencias, la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores y en especial, en aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre el precio y retribución y considerar el control de transparencia de mero control de inclusión. Esta línea se inicia en sentencias como la de 22 de diciembre de 2009<sup>6</sup>; de 17 de junio de 2010<sup>7</sup>; de 1 de julio de 2010<sup>8</sup>; de 25 de noviembre de 2011<sup>9</sup>; y se perfila con mayor claridad en las sentencias de 18 de junio de 2013; de 30 de junio de 2014. Y en relación a las condiciones generales que contienen las denominadas «cláusulas suelo» pueden citarse tanto la sentencia de 9 de mayo de 2013 como las posteriores sentencias de 8 de septiembre de 2014<sup>10</sup>; de 24 de marzo de 2015<sup>11</sup>; de 25 de marzo de 2015<sup>12</sup>, de 29 de abril de 2015<sup>13</sup>; de 23 de diciembre de 2015<sup>14</sup>; de 3 de junio de 2016<sup>15</sup>; de 20 de enero de 2017<sup>16</sup>; y, 30 de enero de 2017<sup>17</sup> entre otras.

Precisamente, en relación con el control de transparencia, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 2013<sup>18</sup> considera que el control referido al criterio de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito del «error propio» o «error vicio», cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo; y, la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 9 de mayo de 2013<sup>19</sup> sostiene que cabe un doble control de transparencia: el control de inclusión que supone la observancia de las exigencias contenidas en los artículos 5 y 7 de la LCGC, de manera que las cláusulas generales han de

ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez para que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato y que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incompresibles; y, asimismo, la observancia de las formalidades establecidas en la Orden de 5 de mayo de 1994 vigente al tiempo de los hechos y hoy sustituida, como recordamos, por la Orden EHA/2899/2011; y que, una vez incorporadas las condiciones al contrato, las mismas han de superar el control de transparencia —del propio contenido de las condiciones incorporadas en el contrato—, es decir, que las cláusulas han de ser claras y comprensibles. Este último, en realidad, constituye un control de abusividad abstracto de validez de la cláusula predispuesta, distinto del error propio o error vicio del consentimiento que, supondría un control sobre el caso concreto y que tiene por objeto que «el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, con la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (parágrafo 210 de la sentencia). Se trata, en consecuencia, de constatar que la información suministrada permite al consumidor determinar si se trata de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y le permite tener un conocimiento real y razonable completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (parágrafo 212). Por lo que no se supera el control de transparencia si estas cláusulas están «enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro». En todo caso, este control de transparencia que se identifica con un control de contenido exige que el consumidor pueda conocer la carga económica real del contrato para poder valorar correctamente si lo quiere celebrar, y para poder comparar de manera adecuada las diferentes ofertas de productos dentro del mismo sector<sup>20</sup>, y, asimismo que el consumidor adherente sea específica y suficientemente informado respecto del significado y alcance que tiene la cláusula suelo como elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues, dichas cláusulas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, se transforman en la *praxis* en un préstamo hipotecario con tipo de interés fijo por la inclusión no informada de tal cláusula. En consecuencia, la oferta de interés variable, no completada con una información adecuada, se revela engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas.

Al respecto, los criterios que enumera el Tribunal Supremo en tal sentencia de 9 de mayo de 2013 para valorar la falta de transparencia, y que según el auto de aclaración de 3 de junio de 2013<sup>21</sup> no constituyen lista cerrada son: a) Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenario diverso relacionado con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil del cliente no se le ofertan las mismas; y, e) En el caso

de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Este control de transparencia, según indica la sentencia de 9 de mayo citada, revela únicamente si una cláusula es clara y comprensible. En caso afirmativo, no cabe realizar el control de contenido, es decir, no puede examinarse si la cláusula es abusiva. Pero si no se supera el control de transparencia, habrá que analizar este extremo, porque no necesariamente la cláusula oscura e incomprensible —falta de transparencia— es abusiva. Este control de contenido consiste en valorar si, en contra de las exigencias de la buena fe, la cláusula causa en el consumidor el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Así se deriva del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y del artículo 82.1 del TRLGDCU. Es por ello que el Tribunal Supremo considera nulas por abusivas las cláusulas suelo de los contratos sometidos a enjuiciamiento porque al beneficiar exclusivamente a la entidad de crédito, provocan un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que resulta contrario a la buena fe porque no se informa de manera clara y comprensible sobre este extremo y el consumidor suscribe el contrato pues, cree que la carga económica del mismo es otra, más beneficiosa para él que la que realmente está contratando<sup>22</sup>. Si el consumidor hubiera aceptado de forma libre, voluntaria y consciente estas cláusulas, comprendiendo su verdadero alcance, aun cuando comportasen un desequilibrio, no podrían entenderse abusivas porque el control de transparencia legitimaría su validez.

En síntesis, ese doble control de transparencia supone que: a) El cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente; y, b) La transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. La falta de transparencia de una condición general puede dar lugar a no considerar incluida la cláusula en el contrato de adhesión (principal efecto del control de inclusión), incluso puede ser causa de nulidad de la cláusula (por abuso formal). El control de la cláusula por falta de transparencia solo procede cuando hay casos graves de oscuridad. Cuando una cláusula es realmente incomprensible, es obvio, que la cláusula no puede formar parte del contrato, y si ha llegado a formar parte de él, entonces (en el caso de que el adherente sea un consumidor o usuario) debe considerarse abusiva.

Ahora bien, a diferencia de la anterior resolución de 9 de mayo de 2013, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, (Pleno), de 8 de septiembre de 2014<sup>23</sup> no se refiere al doble filtro de transparencia, sino que únicamente aplica el control de transparencia real —segundo filtro de transparencia según la citada sentencia de 9 de mayo—, implícita en el marco general del control de abusividad; por tanto, el ulterior control de contenido —juicio de abusividad— derivado de la

falta de transparencia de la cláusula desaparece. Por lo que, actuando únicamente sobre el control de transparencia real, y en la línea con la doctrina jurisprudencial de esta Sala (sentencia de 18 de junio de 2012<sup>24</sup>, 15 de enero de 2013<sup>25</sup>, 17 y 18 de enero de 2013<sup>26</sup>, 18 de noviembre de 2013<sup>27</sup> y 30 de junio de 2014<sup>28</sup>) se destaca que con ello «se opera conforme al acervo y el peso de la formación del derecho contractual europeo que, a tenor de sus principales textos de armonización, se advierte la profundidad de este proceso, a raíz de su conexión con el desenvolvimiento mismo de las Directrices del orden público económico, como principios jurídicos generales que, deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual. En síntesis, este proceso en el ámbito concreto de las condiciones generales tiende a superar la concepción meramente «formal» de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y por extensión, al literalismo interpretativo (*pacta sunt servanda*), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación». En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 24 de marzo de 2015<sup>29</sup> se destaca que, el artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondría obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera o, una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados; asimismo, se llama la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la contratación 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 y la posibilidad de tal control de abusividad se justifica por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad de contratos y es la utilización por el predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propios de la contratación en masa; y respecto de la cláusula suelo señala que «la falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con «cláusula suelo» en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado». Por su parte, operando en esta línea en la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 23 de diciembre de 2015<sup>30</sup>, también del Pleno dispone que «en relación con el objeto principal del contrato, la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte, y además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía en el mercado y la competencia, lo que supone que va más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto. En consonancia con ello, la jurisprudencia de esta Sala sobre cláusulas suelo, tras resolver que las mismas forman parte de los elementos esenciales del contrato (precio/pres-

tación), ha establecido que lo que debe controlarse en cada caso concreto es la transparencia. Es decir, dado que las cláusulas que se refieran a los elementos esenciales del contrato no se someten a control de contenido, la cuestión es decidir cuándo son transparentes y cuándo no».

En este contexto, el control de transparencia delimitado en la jurisprudencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo, ha tenido también reflejo en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014 (C-26/2013)<sup>31</sup> —que analiza la posible abusividad de una cláusula en un préstamo multdivisa que facultaba al banco para calcular las cuotas mensuales de devolución vencidas, sobre la base de cotización de venta de divisa aplicada por la entidad bancaria cuando el importe del préstamo se había obtenido conforme a la cotización de compra que, generaba un beneficio a favor del banco—, lo que, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que «esta exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical (parágrafo 71); que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (parágrafo 72); que «del anexo de la misma Directiva resulta que tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo (parágrafo 73) y concluye que «el artículo 4 apartado 2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible gramaticalmente por el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.; y, el artículo 6 apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional». Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior sentencia de este mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13) cuyo parágrafo 74 declara que: «de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1 letras j) y l) y 2 letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo de interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan»; y, en las más recientes de la Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016 (Caso GUTIÉ-

RREZ NARANJO —asunto acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15—<sup>32</sup> y, de la Sala Primera, de 26 de enero de 2017 (Caso PRIMUS y GUTIÉRREZ GARCÍA —asunto C-421/14—)<sup>33</sup>. Para la sentencia de 21 de diciembre de 2016, después de recordar que «el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4 apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE (apartado 49), añade: «50. Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un 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 por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013 RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44). 51. Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6 apartado 1 de esta en particular». Por su parte, la reciente sentencia de 26 de enero de 2017 con relación a la consecuencia o efecto que una determinada cláusula, referida al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución no pase el control de transparencia, señala al respecto que: «62. (...) según el artículo 4 apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE, las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida, por otra —cláusulas comprendidas en el ámbito regulado por esta Directiva—, solo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 41, y de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, EU:C:2015:447, apartado 50). (...) 67. (...) En caso de que el órgano jurisdiccional remitente considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses ordinarios, como la controvertida en el litigio principal, no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del artículo 4 apartado 2 de la citada Directiva, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3 apartado 1, de esa misma Directiva (...)».

Ahora bien, en cuanto al control de abusividad, el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE dispone que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. A continuación, el artículo 3.2 de la citada Directiva ahonda en el concepto de cláusula abusiva. De forma que se considerará que, una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga

de la prueba. En clara correspondencia con la Directiva 93/13/CEE, el TRLGDCU dispone en su artículo 82 que, se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El mencionado artículo 82 del TRLGDCU en lo que se refiere al artículo 3.2, determina que, el hecho que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 establece en relación al control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores lo siguiente: a) Para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. Estas reglas deben matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación en las que es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia o en el momento posterior en que la cuestión se plantee en el litigio dando oportunidad de alegar a las partes, y sin que puedan valorarse las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente; b) No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación. No existe en el Derecho de la Unión, ni en el Derecho nacional norma alguna que refiera el desequilibrio entre los derechos y obligaciones exclusivamente a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas —aquellas en los que los sujetos son a la vez acreedores y deudores entre sí, de tal forma que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación—, y menos aún para limitar su aplicación a aquellos en los que la reciprocidad se proyecta en la ejecución del contrato; y, c) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo.

Sobre tales bases, y partiendo de la licitud de la cláusula suelo, en la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2017<sup>34</sup> se afirma que, en el análisis del control de transparencia no es necesario que el tribunal, analice todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia 241/2013 para poder concluir, en su caso, que las cláusulas enjuiciadas superan el control de transparencia. En cada caso, pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la existencia de transparencia, asimismo, se destaca que la cláusula suelo impugnada cumple los parámetros establecidos por la doctrina jurisprudencial para considerar superado dicho control de transparencia. En este sentido señala que «en una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al docu-

mento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que puede tener en consideración otros medidos a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba». Es decir, el Tribunal Supremo considera que la transparencia de una cláusula suelo no solamente tiene que estar reflejada en el contrato hipotecario, sino que pueden tenerse en cuenta otros elementos que informen al cliente de la cláusula que se le aplica. En concreto, se señala en la sentencia que 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. En el presente supuesto, la Audiencia tuvo en cuenta la citada doctrina jurisprudencial y llevó a cabo el control de transparencia a la vista de la prueba practicada. Además, se indica en la citada resolución que, los hechos acreditados en la instancia ponen en evidencia que la cláusula está introducida y ubicada dentro del contrato de tal 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. Se añade a continuación que la prueba practicada acredita que la cláusula fue negociada individualmente entre los demandantes y la Caja Rural, como lo muestra que se aplicó como suelo un tipo inferior al que venía usando la entidad, y que la notario que autorizó la escritura expresamente advirtió a los contratantes de la cláusula de variación del tipo de interés. A la vista de lo anterior, concluye el Tribunal Supremo que los demandantes «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 negocial». Por lo que la cláusula cumple los requisitos de transparencia exigidos por la Sala, si bien, no resulta necesario que en el análisis del control de transparencia se tengan que mencionar todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia de 9 de mayo de 2013. En cada caso, pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 2017<sup>35</sup> se indica que «se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación, previsto en los artículos 5 y 7 de la 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»; y añade que, «no debe confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a la anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento. Mientras que



en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en el caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo y es necesario que el error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento. Las consecuencias de uno u otro régimen son diferentes, pues, el control de abusividad de la cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, en el que se inserta el control de transparencia, lleva consigo la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva, mientras que la anulación por error vicio del consentimiento afecta al contrato en su totalidad y las partes deben restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del contrato, con sus frutos o intereses». La sentencia de este mismo Tribunal de 7 de noviembre de 2017<sup>36</sup>, asimismo, después de destacar que la lectura de la escritura pública y en su caso, el contraste con las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia, señala que la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertar y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato»<sup>37</sup>.

En este contexto, con acertado criterio, la sentencia de 24 de noviembre de 2017<sup>38</sup> precisa que, el hecho de que un préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subrogue en un préstamo precisamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita la decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que, le supondría subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. En otro caso, la obligación de información precontractual del predisponente se convertiría en una obligación del adherente de procurarse dicha información, lo que resulta opuesto a la doctrina del Tribunal Supremo de la Sala Primera y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y, asimismo, en materia de consumidores, siendo decisiva la precisión temporal, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 23 de noviembre de 2017<sup>39</sup> señala que, los controles de transparencia y abusividad tienen que realizarse en el momento en que se celebra el contrato con condiciones generales ya que afectan a la prestación del consentimiento (arts. 1261 y 1262 del Código Civil y art. 5 de la LCGC). Máxime si respecto al control de transparencia que es el que se postula en la demanda para que se declare la ilicitud de la cláusula suelo litigiosa, se ha insistido en la importancia de la información precontractual, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar.

Sin ánimo de exhaustividad, simplemente, nos parece oportuno finalizar este apartado, reseñando que, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15)<sup>40</sup> en relación con los efectos de una eventual declaración de nulidad de las condiciones generales de la contratación por abusivas y de la

sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno) de 24 de febrero de 2017<sup>41</sup> cuya doctrina se ha reiterado en las sentencias de 20 de abril de 2017<sup>42</sup> y 25 de mayo de 2017<sup>43</sup>, se modifica la línea jurisprudencial establecida en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala (Pleno) de 25 de marzo de 2015<sup>44</sup>, y así en caso de nulidad de la cláusula suelo los efectos restitutorios conforme el artículo 1303 del Código Civil tiene efectos *ex tunc*, desde la fecha de celebración del contrato, y en el alcance restitutorio incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas prestaciones restituibles.

## V. EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN CUANDO EL ADHERENTE ES UN PROFESIONAL O EMPRESARIO

El control de transparencia no se extiende a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no tiene la condición legal de consumidor. Así, la Exposición de Motivos de la LCGC indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade: *«esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios»*.

Sin embargo, lo expresado en la Exposición de Motivos carece de desarrollo normativo en el texto legal, lo que suscita el problema de delimitar, desde el punto de vista de la legislación civil general, a la que se remite, los perfiles de dicho control del abuso contractual en el caso de los adherentes no consumidores. A su vez, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013 rechazó expresamente en su Fundamento Jurídico 233 c) que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario<sup>45</sup>. La sentencia de este mismo Alto Tribunal de 30 de abril de 2015<sup>46</sup> fija al respecto en su *Fundamento de Derecho 5.º* que: «la normativa contenida en la LCGC es aplicable a todas las condiciones generales, se encuentren en contrato concertado con consumidores o en contratos en los que ninguna de las partes merece esta consideración. Pero dicha ley no establece un régimen uniforme para una y otras. Mientras que, las normas relativas a la incorporación (arts. 5 y 7) y a la interpretación de las condiciones generales (art. 6) son aplicables a todo tipo de condiciones generales, el régimen de la nulidad de las condiciones generales es diferente según que el contrato en el que se integran se haya celebrado o no con un consumidor. Mientras que en el caso de que el adherente no merezca la calificación legal de consumidor o usuario, solo es aplicable la regla contenida en el artículo 8.1 de la LCGC, que se limita en la práctica a reproducir el régimen de la nulidad contractual por contrariedad de la norma imperativa o prohibitiva del Código Civil, en el caso que el contrato integrado por condiciones generales se ha concertado con un consumidor, es aplicable el régimen de nulidad por abusividad establecido en el TRLGDCU». A continuación señala que varias conclusiones pueden extraerse de lo expuesto: «una primera, que en nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor

o usuario, esto es, cuando este se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente». Una segunda sería que en nuestro ordenamiento jurídico «las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que solo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el artículo 1255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el artículo 8.1 LCGC; por último, el artículo 1258 del Código Civil que se invoca por el recurrente contiene reglas de integración del contrato, en concreto la relativa a la buena fe, de modo que el cumplimiento y ejecución del contrato puede determinarse lo que se ha denominado «contenido natural del contrato». Y, concluye con base en este precepto no puede pretenderse que, se declare la nulidad de determinadas condiciones generales que deban ser expulsadas de la reglamentación contractual y tenidas por no puestas y que, en su caso, puedan determinar la nulidad total del contrato».

Asimismo, de nuevo la Sala Primera del Tribunal Supremo, reunida en Pleno, en la sentencia de 3 de junio de 2016<sup>47</sup> ha establecido que el control de transparencia no se extiende a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no tiene la condición legal de consumidor. Asimismo, indica que, esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor. 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 general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. Y no corresponde a los tribunales la configuración de un «*tertium genus*» que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores. Y, atendiendo a la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la Exposición de Motivos de la LCGC a las normas contractuales generales y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, y que los artículos 1258 Código Civil y 57 Código de Comercio establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, principio general capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, al menos, las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente, destaca que puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (sentencias 849/1996, de 22 de octubre; y 1141/2006, de 15 de noviembre). Conclusión que es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiéndose por tales las que «causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados

del contrato» (art. 4:110,1); y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que «concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible», ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110,2). Consideración esta última sobre la adecuación de precio y prestación que resulta especialmente relevante en este caso, dado que en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación.

Desde esta perspectiva, en el caso sometido a enjuiciamiento, al no haberse discutido que la cláusula supera el control de incorporación, en cuanto a su comprensibilidad gramatical, y que la sentencia recurrida declara como hecho probado que hubo negociaciones entre las partes, que la prestataria fue informada de la cláusula suelo y que se le advirtió de su funcionamiento y consecuencias —base fáctica de la que se ha de partir al no haberse sostenido recurso de infracción procesal—, la Sala Primera concluye que no se puede afirmar que hubiera desequilibrio o abuso de la posición contractual por parte de la prestamista, ni que su comportamiento haya sido contrario a lo previsto en los artículos 1256 y 1258 Código Civil y 57 Código de Comercio.

Ciertamente, en esta sentencia de 3 de junio de 2016, el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación en el que se dirime si procede la nulidad de una cláusula suelo presente en un contrato hipotecario suscrito por una persona física para la adquisición de un local en el que se va a instalar una farmacia. Conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del TRLGCU la prestataria no tiene la condición de consumidor; dado el carácter esencialmente comercial del préstamo hipotecario. No obstante, también conviene recordar que, un empresario que suscribe un contrato de préstamo hipotecario puede tener la condición de consumidor; si actúa en un ámbito ajeno a su actividad comercial o profesional. Si se trata de personas jurídicas, lo determinante es la falta de ánimo de lucro. Ahora bien, de no tener la condición de consumidor, no puede beneficiarse de las normas protectoras de consumidores y usuarios, por lo que el doble control de transparencia —o control de transparencia cualificado— que fija la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 no resulta aplicable a aquellas cláusulas insertas en contratos hipotecarios suscritas por empresarios o profesionales.

Tampoco será aplicable el control de contenido y por ende el control de abusividad y la consecuente nulidad de la cláusula. Si bien, como regla general, las cláusulas suelo no son susceptibles de control de contenido en cuanto son definitorias del objeto principal tal y como ha reiterado insistentemente la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. En todo caso si será aplicable el control de incorporación que tiene su base legal en la LCGC<sup>48</sup>. Precisamente, la propia Exposición de Motivos de esta Ley señala que, en los contratos entre empresarios puede existir desequilibrios y abusos de la posición dominante de una parte sobre la otra, y para la protección de la misma frente a esta situación abusiva, considera que se debe aplicar la buena fe como norma modeladora del contenido contractual (arts. 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio). En todo caso, para determinar la posible nulidad aplicando el principio de buena fe, tal y como establece esta sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2016 se ha de tratar de cláusulas predisuestas, que perjudiquen al adherente en cuanto causen un desequilibrio de su posición contractual, aquellas que como dice la citada sentencia «modifiquen subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato». Lo que se muestra acorde con los Principios de Derecho Europeo de los Contratos formulados por la Comisión Lando

que, prevén la nulidad de las cláusulas abusivas sea cual fuera la condición de consumidor o no del adherente.

En este contexto, ciertamente se pueden establecer dos conclusiones: 1. Que mientras el control de incorporación en su primer grado resulta plenamente aplicable en este supuesto, no sucede lo mismo con lo que la jurisprudencia denomina «control de transparencia» —control de transparencia material—, que se limita a los contratos con consumidores; y 2. Que el control de contenido no puede extenderse a los supuestos de abusividad prevista en la legislación de consumidores y usuarios.

Ahora bien, en esta línea de exclusión de la posibilidad de control de abusividad en contratos en que el adherente no es consumidor y, por ende la no aplicación del denominado control de transparencia, conocido también como segundo control de transparencia o control de transparencia cualificado, y optando en relación con los contratos entre profesionales por el régimen general del contrato por negociación por la normativa contractual prevista en los artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio, se pronuncian también recientemente las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2017<sup>49</sup>, de 20 de enero de 2017<sup>50</sup>; 30 de enero de 2017<sup>51</sup>; y, de 2 de noviembre de 2017<sup>52</sup>; y, en la jurisprudencia menor, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, de 27 de enero de 2010<sup>53</sup>; de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 18 de noviembre de 2016<sup>54</sup>; y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.ª, de 14 de diciembre de 2016<sup>55</sup>; y el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.ª, de 20 de septiembre de 2016<sup>56</sup>.

De forma que, en las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores, puede considerarse que la virtualidad del principio general de la buena fe como norma modeladora del contenido contractual.

Tal forma de proceder es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201), prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiéndose por tales las que «causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato» (art. 4:110.1) y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que «concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible», ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110.2).

Ahora bien, como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de corresponder a quien pretenda la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegar la existencia de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, y, asimismo, acreditar la inexistencia o insuficiencia de información e indicar cuáles son sus circunstancias personales que puede haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente.

En el supuesto enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2017 los esposos no son consumidores, sino que estamos ante un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre profesionales y guiado por un claro propósito mercantil —refinanciar deudas—. En todo caso, atendiendo a la naturaleza de la deuda de la sociedad y su relación con el

objeto social, que es lo que justifica su constitución y desarrollo, la esposa no puede desligarse de las obligaciones derivadas de la participación empresarial de su esposo de conformidad con los artículos 6 y 7 del Código de Comercio y destacando su vinculación funcional con la operación empresarial en cuyo marco se solicitó el préstamo.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BISBAL MÉNDEZ, J. (1982). Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio, *Revista Jurídica de Cataluña*.
- CAÑIZARES LASO, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1989). El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régimen de sociedad de gananciales, *Homenaje a Francisco Manrique Romero*, Academia Sevillana del Notariado, Madrid: Edersa.
- DE LOS MOZOS, J. L. (1999). De la sociedad de gananciales, en: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XVIII, vol. 2, 2.ª ed.*, Madrid: Edersa, 1999.
- Comentario al artículo 1365 del Código Civil. En: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XVIII, vol. 2, 2.ª ed.*, Madrid: Edersa
- GARDEAZABAL DEL RÍO, F. J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2015). La sociedad de gananciales. En: V. M. Garrido De Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV Familia, vol. 2.º, 2.ª ed.*, Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1991). *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid: Lex Nova.
- GONZÁLEZ LAGUNA, M., y MANZANO SOLANO, A. (1985). Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales, *Estudios en Homenaje a Tirso Carretero*, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et al. (2005). *Elementos de Derecho Civil, T. IV Familia*, revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 171-172.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A. (1983). La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981, *Revista Jurídica de Cataluña*.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2013). La sociedad de gananciales. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia, 4.ª ed.*, Madrid: Colex.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014). El control de transparencia y la validez de la cláusula suelo, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, enero-marzo.
- MONSERRAT VALERO, A. (2017). *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Navarra. Thomson Reuters Aranzadi.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2009). Comentario al artículo 1344 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil, 3.ª ed.*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 1586.
- PÉREZ JOFRE, E. (1987). El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales, *Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. XXVIII*.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1993). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *Comentario del Código Civil, T. II, 2.ª*, Madrid: Ministerio de Justicia.

- RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (1), (2) y (4). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. IV-2, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra: Thomson Reuters, Aranzad.
- (2017). *El régimen de gananciales*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- RAMS ALBESA, J. (1992). *La sociedad de gananciales*, Madrid: Tecnos.
- RAMS ALBESA, J., y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (2005). De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales. Comentarios a los artículos 1362 a 1374 del Código Civil. En: J. Rams Albesa y J. A. Moreno Martínez (coords.), *El régimen económico del matrimonio. Comentarios al Código Civil. Especial consideración de la doctrina jurisprudencial*, Madrid: Dykinson.
- REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1347 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.). *Comentarios al Código Civil, T. VII*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2017). *Empresas, sociedades y actividades económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- SABORIDO SÁNCHEZ, P. (2016). Comentario al artículo 1365 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. III, Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- SAIZ GARCÍA, C. (2006). *Acreedores de los cónyuges y régimen económico matrimonial de gananciales*, Navarra: Thomson Aranzadi.
- SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1344 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, *Código Civil comentado*, vol. III, Navarra: Civitas, Thomson Reuters, 913.

## VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE, Sala Quinta, 17 de marzo de 1998.
- STJUE, Sala Segunda, 20 de enero de 2005.
- STJUE, Sala Cuarta, 30 de abril de 2014.
- STJUE, Sala Cuarta, 3 de septiembre de 2015.
- ATJUE, Sala Sexta, 19 de noviembre de 2015.
- ATJUE, Sala Décima, 14 de septiembre de 2016.
- STJUE, Gran Sala, 21 de diciembre de 2016.
- ATJUE, Sala Décima, 27 de abril de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de octubre de 1990.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 1991.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de junio de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de marzo de 1995.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de septiembre de 2001.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de julio de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de julio de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de febrero de 2006.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de octubre de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de abril de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de mayo de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de febrero de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de abril de 2014.

- STS, Sala de lo Civil, 8 de septiembre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de marzo de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de abril de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de diciembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de diciembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de febrero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de marzo de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de abril de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de abril de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de mayo de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 8 de junio de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de junio de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 13 de septiembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de septiembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de septiembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de octubre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 1 de diciembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de diciembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de abril de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de abril de 2018.
- RDGRN, 31 de octubre de 2017.
- SAP, Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 10 de julio de 2000.
- SAP, Pontevedra, secc. 3.<sup>a</sup>, 29 de octubre de 2002.
- SAP, Huelva, secc. 3.<sup>a</sup>, 21 de marzo de 2014.
- SAP, Málaga, secc. 5.<sup>a</sup>, 11 de junio de 2015.
- SAP, Cáceres, secc. 1.<sup>a</sup>, 18 de noviembre de 2016.
- SAP, Madrid, secc. 21.<sup>a</sup>, 25 de octubre de 2016.
- SAP, Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, 14 de diciembre de 2016.

## NOTAS

<sup>1</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2017 (*JUR* 2017, 300944) señala que «en lo que atañe al requisito de la predisposición, lo determinante es que las cláusulas hayan sido elaboradas o redactadas antes de la celebración del contrato, a cuyo efecto resulta indiferente el formato o soporte en que estén recogidas (documento impreso, archivo informático, etc.), así como que el predisponente sea o no su autor material, pues, es suficiente con que las utilice, con independencia de su autoría. El sujeto que predispone no necesariamente será el sujeto denominado legalmente como predisponente en la relación contractual, sino que lo será quien incorpore las cláusulas predispuestas al contrato. Si la ley exigiera que, para poder aplicar la normativa protectora, el predisponente debiera ser el autor material del contenido contractual, a este le sería fácil eludir el régimen legal de condiciones generales mediante el encargo de la redacción a un tercero».

<sup>2</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.<sup>a</sup>, de 13 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 7758) dispone al respecto que «el elemento determinante para constatar



la naturaleza «impuesta» de una cláusula es, pues, la ausencia de una negociación individual que permite al consumidor influir en su supresión, sustitución o modificación de su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. Y esa «imposición» no desaparece por el hecho que el empresario formule y el consumidor pueda elegir entre distintas ofertas de contrato, cuando todas están estandarizadas con base a cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación en orden a la individualización o singularización del contrato, ya procedan del mismo empresario o se trate de diferentes ofertas de distintos empresarios, ya que el artículo 1 de la LCGC no exige que la condición forme parte de todos los contratos que se suscriban, sino que se incorporen a una «pluralidad de contratos». Tampoco desaparece el carácter impuesto por el hecho que el contratante o adherente haya prestado su consentimiento de forma voluntaria y libre. Una cosa es la libertad de contratar y otra muy distinta que esa libertad suponga por sí una previa negociación del contenido contractual», y añade que «podría discutirse si es necesario que el adherente asuma la iniciativa o, al menos, adopte una posición activa, en el sentido de oponerse formalmente a la cláusula en cuestión o a parte de su contenido. Pero esta interpretación, sostenida en su día por la jurisprudencia con base en la redacción inicial del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios carece hoy de fundamento en cuanto que la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no exige la inevitabilidad, sino que se trate de cláusulas “no negociadas individualmente”».

<sup>3</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección Pleno, de 22 de abril de 2015 (RJ 2015, 1360) señala, asimismo que «cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a la cual vea rechazado su intento de negociar. Tampoco es obstáculo a la aplicación del régimen jurídico de las condiciones generales que existan varios empresarios o profesionales que oferten servicios o productos demandados por el consumidor, porque no es preciso que exista una posición monopolística del predisponente para que las cláusulas de los contratos que celebra con los consumidores puedan ser consideradas como no negociadas». Y añade «esta «imposición de contenido» del contrato no puede identificarse con la «imposición del contrato» en el sentido de «obligar a contratar». Es el consumidor el que ponderando sus intereses en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quién, de entre las diversas empresas y profesionales que actúan en el mercado, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre (de ahí incide la garantía de la intervención notarial) y otra identificar tal consentimiento, aun intervenido notarialmente en el contenido del contrato, con la previa existencia de negociación individualizada del mismo.

<sup>4</sup> CARBALLO FIDALGO, M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Barcelona: Bosch, 96.

<sup>5</sup> RJ 2015, 1360.

<sup>6</sup> RJ 2010, 703.

<sup>7</sup> RJ 2010, 5407.

<sup>8</sup> RJ 2010, 6554.

<sup>9</sup> RJ 2012, 576.

<sup>10</sup> RJ 2014, 4660.

<sup>11</sup> LA LEY 2015, 30005.

<sup>12</sup> LA LEY 2015, 30006.

<sup>13</sup> LA LEY 2015, 65308.

<sup>14</sup> LA LEY 2015, 204975.

<sup>15</sup> RJ 2016, 2306.

<sup>16</sup> RJ 2017, 926.

<sup>17</sup> RJ 2017, 371.

<sup>18</sup> LA LEY 2013, 45886.

<sup>19</sup> RJ 2013, 3088.

<sup>20</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014). El control de transparencia y la validez de la cláusula suelo, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, enero-marzo, 336.

<sup>21</sup> *RJ* 2013, 3617. Dispone este Auto «11. El apartado séptimo del fallo, identificó seis motivos diferentes —uno de ellos referido a las cláusulas utilizadas por una de las demandadas— cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes. 12. A la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo». En el mismo sentido subyace en la argumentación vertida en el Auto de 21 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 200775) para la inadmisión de un recurso de casación en el que se pretendía «una revisión de la valoración probatoria efectuada por la Audiencia para ofrecer su propia valoración que llevaría a concluir que la cláusula suelo se configuró sin cumplir el control de transparencia».

<sup>22</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 3.ª, de 21 de marzo de 2014 (*AC* 2014, 648); y el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, de 30 de abril de 2014 (*AC* 2014, 1000), falta de información suficiente, y ausencia de simulaciones de escenarios diversos; en consecuencia, falta de transparencia.

<sup>23</sup> LA LEY 2014, 143790.

<sup>24</sup> *RJ* 2012, 8857.

<sup>25</sup> *RJ* 2013, 2276.

<sup>26</sup> *RJ* 2013, 1819; y *RJ* 2013, 1604.

<sup>27</sup> *RJ* 2014, 2233.

<sup>28</sup> *RJ* 2014, 3526.

<sup>29</sup> *RJ* 2015, 845.

<sup>30</sup> *RJ* 2015, 5714.

<sup>31</sup> TJCE 2014, 105.

<sup>32</sup> TJCE 2016, 309.

<sup>33</sup> *JUR* 2017, 26895.

<sup>34</sup> LA LEY 6541, 2017.

<sup>35</sup> *RJ* 2017, 2509.

<sup>36</sup> *RJ* 2017, 4759. En este mismo sentido, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4899); de 24 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5063); de 24 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5261); y con relación a la importancia de la fase precontractual, la sentencia de 1 de diciembre de 2017 (*RJ* 2017, 5148).

<sup>37</sup> Tanta importancia tiene la obligación bancaria de actuar con diligencia y transparencia en interés de sus clientes que, en materia de servicios de inversión, es oportuno mencionar la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de octubre de 2017 (LA LEY 2017, 146197) que confirma la sanción de 2 millones de euros impuesta al Banco Santander S.A. por la adquisición generalizada de acciones procedentes de IIC con mayores comisiones de gestión que otras de características idénticas pero sujetas a menores comisiones. Se trata de la comisión de una infracción grave consistente en la inobservancia de la obligación de actuar con diligencia y transparencia.

<sup>38</sup> *RJ* 2017, 5063. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 122020) que establece en un supuesto de novación modificativa que: «*La ratio decidendi* de la sentencia recurrida no radica tanto en el alcance de las novaciones modificativas llevadas a cabo, como en el cumplimiento mismo de la exigencia de transparencia con relación a la cláusula suelo en la contratación originaria del préstamo hipotecario. Pues como la propia sentencia recurrida resalta, la novación modificativa llevada a cabo el 22 de diciembre de 2003, a petición de los clientes, tuvo por objeto la “reducción del tipo de interés del préstamo hipotecario”, sin especificación o concreción alguna con relación a la cláusula suelo que venía ya contemplada en el contrato novado. En el presente caso, como resulta acreditado de la prueba documental practicada, la entidad bancaria, tanto en la fase precontractual, como en la perfección del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, no realizó el plus de información exigible para que los consumidores pudieran adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga jurídica

y económica que comportaba la inclusión de la cláusula suelo en dicho contrato. Déficit de información que no queda suplido por la mera lectura de la escritura por el notario, o por la claridad gramatical que puede resultar de la redacción de la cláusula suelo que, si bien sirve para la superación del control de incorporación, no determina, por ella sola, en ausencia de este plus de información, que dicha cláusula suelo supere, además el control de transparencia (SSTS 593/2017, de 7 de noviembre y 655/2017, de 26 de noviembre). Y, del mismo Tribunal y Sala, también de fecha 24 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 122022) en un supuesto, asimismo, de subrogación y novación del préstamo hipotecario señala: «(...) A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda 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 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 se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula. En la sentencia 643/2017, de 24 de noviembre, hemos indicado que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subrogue en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia. En el presente caso, la Audiencia Provincial convierte la obligación de información precontractual del predisponente (información que la jurisprudencia del TJUE ha considerado determinante para que las cláusulas puedan superar el control de transparencia) en una obligación del adherente de procurarse tal información. Esta tesis es contraria a la jurisprudencia de esta Sala y del propio TJUE y, de aceptarse, le privaría de toda eficacia, puesto que a la falta de información clara y precisa por parte del predisponente sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, determinante de la falta de transparencia, siempre podría oponerse que el adherente pudo conseguir por su cuenta tal información. De la prueba practicada se desprende que la entidad bancaria no suministró información alguna al prestatario sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo antes de la firma de las escrituras, la de subrogación y la de novación, por lo que cuando el prestatario adoptó su decisión, no tenía la información que le permitiera valorar la trascendencia de tal cláusula en la economía del contrato. Tanto la jurisprudencia comunitaria, como la de esta Sala, han resaltado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. La STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso RWE Vertrieb, declara al referirse al control de transparencia: “44, En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un 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 por el profesional basándose principalmente en esa información”.

Esta doctrina ha sido reiterada por el TJUE en las sentencias de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matei, párrafo 75; 23 de abril de 2015, asunto C- 96/14, caso VanHove, párrafo 47; 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, caso Gutiérrez Naranjo; y 20 de septiembre de 2017, asunto C- 186/16, caso Andriuc.

La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede comportar en el desarrollo del contrato.

En el presente caso, la sentencia recurrida no ha tomado en consideración este criterio, pues no ha dado trascendencia a que no se hubiera proporcionado al demandante, con una antelación suficiente a la firma del contrato, la información relativa a la cláusula suelo, de modo que pudiera conocer su existencia y trascendencia y comparar distintas ofertas. Por lo que debe concluirse que la cláusula suelo no superó el control de transparencia».

Y añade en relación con los efectos restitutorios: «Conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala a partir de la sentencia 123/2017, de 24 de febrero, y de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 21 de diciembre de 2016, caso GUTIÉRREZ NARANJO), procede declarar la restitución íntegra (ex *tunc*) de los intereses cobrados de más por la entidad bancaria como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, más los intereses legales desde la fecha de su aplicación».

<sup>39</sup> JUR 2017, 294939.

<sup>40</sup> TJCE 2016, 309. Considera esta sentencia que: a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y 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 este tipo, el 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; b) Dicha jurisprudencia nacional solo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE.

De lo que cabe concluir que, la limitación de eficacia restitutoria plena a la declaración de nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario vulneraría el principio de efectividad de la Directiva 93/13/CEE tanto en su vertiente de «no vinculación» de los efectos de la cláusula abusiva para el consumidor (art. 6.1 de la Directiva), como en la del debido «efecto disuasorio» que la nulidad de la cláusula debe ejercer sobre los profesionales (art. 6.1 en relación con el 7.1 de la Directiva).

<sup>41</sup> RJ 2017, 602.

<sup>42</sup> RJ 2017, 1559.

<sup>43</sup> RJ 2017, 1734. Asimismo, en esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de junio de 2017 (RJ 2017, 2806); de 27 de junio de 2017 (RJ 2017, 3024); de 5 de julio de 2017 (RJ 2017, 3685); de 20 de julio de 2017 (RJ 2017, 3377); de 16 de octubre de 2017 (RJ 2017, 4332); de 21 de diciembre de 2017 (Id. Cendoj: 28079110012017100653); si bien, la restitución de las cantidades, por razón de congruencia, tiene lugar desde la fecha que la propia parte demandante solicitó expresamente en su demanda, coincidente con su reclamación extrajudicial a la entidad prestamista y, de 26 de abril de 2018 (JUR 2018, 121989).

<sup>44</sup> RJ 2015, 735. Se fijó como doctrina jurisprudencial: «Que en cuanto en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 —se entiende que es una errata y se refiere a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014— y la de 24 de marzo de 2015 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013». Dicha doctrina se asienta como *ratio decidendi* en los *Fundamentos Jurídicos números 9 y*

10 de esta sentencia. Así, si bien es cierto que el Tribunal Supremo toma como base la regla general de la ineficacia de la cláusula abusiva y de referirse a la aplicación del artículo 1303 del Código Civil, a continuación señala que esa regla general de ineficacia de las cláusulas abusivas puede tener excepciones, como la que se aplicó en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 con base en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013 donde radican los elementos básicos en los que el Tribunal Supremo funda la irretroactividad de la misma, a saber, la seguridad jurídica, la buena fe y el riesgo de trastornos graves que, pueden afectar al orden público económico. En concreto, respecto del trastorno grave del orden público económico, al que se alude de nuevo en esta sentencia, se refiere la letra «k» del parágrafo 293 de la sentencia de 9 de mayo de 2013 donde se señalaba que «es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas».

<sup>45</sup> En esta línea, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 1467); de 7 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 2184); y, de 28 de mayo de 2014 (*RJ* 2014, 3354).

<sup>46</sup> *RJ* 2015, 2019.

<sup>47</sup> *RJ* 2016, 2306. Frente a esta sentencia se presenta Voto particular concurrente con el fallo que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Después de manifestar respeto a la decisión de la mayoría de los Magistrados y compañeros de la Sala, indica que el voto particular concurrente que formula, aunque necesariamente discrepante con la doctrina jurisprudencial de la cuestión objeto de examen, se realiza desde la finalidad primordial de que sea útil para la mejor comprensión y estudio de la naturaleza y alcance del control de transparencia y su íntima conexión con la dinámica del fenómeno jurídico de la contratación bajo condiciones generales, incluido en este fenómeno la contratación entre empresarios señalando al respecto que, la doctrina jurisprudencial de esta Sala, relativa a la no aplicación del control de transparencia en la contratación entre empresarios o profesionales (fundamento de derecho tercero y cuarto de la sentencia), desatiende el carácter informador del principio jurídico que se deriva del concepto normativo de transparencia, sin que dicha exclusión encuentre tampoco apoyo en la concreción técnica de las variantes que pueden configurar el control de legalidad de la misma (abusividad/incorporación). Por lo que dicha doctrina debe ser rectificada en el sentido de reconocer la aplicación del control de transparencia a la contratación entre empresarios». En esta línea, CAÑIZARES LASO, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, número 3, julio-septiembre, 95, señala al respecto que «los controles legales deberían haberse previsto solo porque es una especial manera de contratar la que se realiza con condiciones generales y no sobre la base de los contratantes. Los especiales controles deberían haberse dispuesto en todo caso y con independencia de que los contratantes sean consumidores o empresarios, esto es, siempre que en el contrato se realice incorporando condiciones generales de la contratación. En este sentido, lo que debería haber sido el núcleo de una Ley de Condiciones Generales, es decir, una cláusula general para efectuar un control específico del contenido distinto del que generalmente es aplicable a todos los contratos, nuestra ley no lo tiene, estableciendo únicamente este especial control para el contrato celebrado con un consumidor (art. 8.2 de la LCGC)».

<sup>48</sup> *Id.*, La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.ª, de 14 de diciembre de 2016 (*JUR* 2017, 7602).

<sup>49</sup> *RJ* 2017, 922.

<sup>50</sup> *RJ* 2017, 926.

<sup>51</sup> *RJ* 2017, 371. Se formula voto particular por el Excmo. Sr. D. Francisco Javier ORDUÑA MORENO.

<sup>52</sup> *RJ* 2017, 4558.

<sup>53</sup> *AC* 2010, 491.

<sup>54</sup> *JUR* 2016, 273800.

<sup>55</sup> *JUR* 2017, 7602.

<sup>56</sup> *AC* 2016, 1862.

### 1.3. Derechos reales

## El cambio de uso de un elemento privativo en propiedad horizontal: de vivienda a alojamiento turístico

### *Change of use in condominium: housing and sharing accommodation*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Prof. Dra. de Derecho civil  
Universidad Francisco de Vitoria*

**RESUMEN:** El uso o destino de un piso en un edificio sobre el que se ha establecido un régimen de propiedad horizontal se determina a distintos niveles y con distinto alcance: desde el título constitutivo de propiedad horizontal donde se establece el destino que se le otorga en el plan urbanístico, hasta el destino específico o concreto que puede darse a un determinado elemento privativo en los estatutos. Ese uso previamente establecido es al que debe destinarse el piso o local, pero puede cambiarse o alterarse. ¿Puede hacerlo unilateralmente el propietario o será necesario el acuerdo con el resto de los copropietarios en Junta? Analizamos las posibilidades de ese cambio de uso, con especial referencia al cambio de destino de vivienda a turístico, en los casos en los que un piso residencial se destina a alojamiento turístico o alquiler vacacional.

**ABSTRACT:** *The use or destination of a flat in a building on which there has been established a regime of horizontal property decides to different levels and with different scope: from the constitutive title of horizontal property where there is established the destination that grants him in the urban development plan, up to the specific or concrete destination that can be given to a certain exclusive element in the bylaws. This first established use can be changed, but how can we do that? Can the owner change it or it is necessary the agreement with the rest of co-owners? We analyze the possibilities of this change of use, with special reference at the rate of housing to tourist destination, in the cases in which a residential property is destined to tourist or sharing housing.*

**PALABRAS CLAVE:** Propiedad horizontal. Uso o destino. Alojamiento colaborativo. Comunidad de vecinos. Estatutos.

**KEY WORDS:** *Horizontal property. Condominium. Use or destination. Sharing tourist housing. Neighbourhoods community. Bylaws.*

**SUMARIO: I. DETERMINACIÓN DEL USO O DESTINO DE UN EDIFICIO EN PROPIEDAD HORIZONTAL.—II. CAMBIO DE USO EN UN ELEMENTO PRIVATIVO.—III. CAMBIO DE USO: DE VIVIENDA A ALOJAMIENTO COLABORATIVO: 1. CAMBIO DE USO CON PROHIBICIÓN ESTATUTARIA. 2. CAMBIO DE USO SIN PROHIBICIÓN EXPRESA ESTATUTARIA.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.**

## **I. DETERMINACIÓN DEL USO O DESTINO DE UN EDIFICIO EN PROPIEDAD HORIZONTAL Y DE SUS ELEMENTOS**

La propiedad horizontal es un tipo especial de propiedad, con una naturaleza mixta o compleja, ya que en la misma intervienen a la vez dos tipos de propiedades que recaen sobre diferentes partes del edificio.

De este modo, un edificio sobre el que se establece un régimen de propiedad horizontal está compuesto por dos grandes tipos de elementos: los privativos sobre los que los propietarios tienen un derecho de propiedad exclusivo, y los elementos comunes sobre los que existe un derecho de copropiedad a favor de todos los propietarios de pisos y locales en función a la cuota asignada a estos elementos privativos.

Sobre los elementos privativos, un propietario, como hemos dicho, tiene un derecho de propiedad exclusivo lo que significa que tiene sobre ellos todas las facultades inherentes a la cosa: de uso o goce, de disposición y de exclusión. «La propiedad da derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes» (art. 348 del Código Civil)<sup>1</sup>.

Entre las facultades de disposición se incluye la de destinación, o establecer o cambiar el uso o destino de la cosa sobre la que recae su derecho de propiedad. Es una facultad inherente al dominio que corresponde a todo propietario, como derecho legalmente protegido (arts. 33 CE y 348 del Código Civil)<sup>2</sup>.

Sin embargo, la propiedad privada tiene una función social (art. 128 CE), que forma parte de su contenido natural<sup>3</sup>, que hace que deba someter al interés general o bien común, de forma que pueden establecerse limitaciones sobre el derecho de propiedad de los particulares, en aras de un bien superior, el común.

De este modo, la facultad de destino, como cualquier otra, puede verse limitada como consecuencia de la función social de la propiedad.

Y ello, trasladado a nuestro ámbito de estudio, nos puede llevar a plantearnos si el propietario de una vivienda en un edificio de propiedad horizontal puede cambiar el uso de dicha vivienda. En concreto, queremos analizar si el uso de una vivienda (residencial) como alojamiento turístico o colaborativo implica un cambio de uso o no, y si así fuera, si es posible ese cambio de un uso residencial a uno turístico de forma unilateral por su propietario, cuando no era este su original destino, o si, por el contrario, ese cambio necesita el consentimiento del resto de copropietarios, que incluso puedan prohibirlo o limitarlo en aras del interés general de la comunidad de propietarios.

Un edificio en propiedad horizontal tiene ya, desde su origen, un uso determinado, pues es obligación del propietario del suelo donde se asiente, o del propio edificio, dedicarlo a un uso que sea compatible con la ordenación territorial y urbanística, tal y como dispone el artículo 12 Ley del Suelo 2015<sup>4</sup> (vivienda, comercial, dotacional, servicios públicos): es el uso autorizado<sup>5</sup>.

Ese uso original determina el uso primordial permitido de todo el edificio donde se establece la propiedad horizontal. Y ese uso autorizado «no es una

característica accidental de la edificación, sino que forma parte de su estructura integrando el contorno que delimita su contenido» (RRDGRN de 13 de noviembre de 2013 y 31 de agosto de 2017), por lo que, concluye esta resolución, «la alteración del uso permitido implica una alteración del contenido del derecho de propiedad, de la propiedad misma». Como sigue afirmando la resolución de 2013, «el control administrativo en relación a si una edificación concreta y determinada puede ser objeto de un uso específico se lleva a cabo con carácter previo mediante la oportuna licencia de edificación determinación de usos y posteriormente con la licencia de ocupación (o autorización semejante) que tiene por objeto la verificación de que la edificación autorizada se ha llevado de acuerdo a los usos previstos y aprobados». Luego, la licencia es el documento que controla y donde se hace constar el uso específico de un inmueble.

Una vez aprobado ese uso, posteriormente, en el Registro de la Propiedad, deben reflejarse los usos específicos, de entre los permitidos, a los que está destinado el edificio, cuya obra nueva pretende inscribirse: se hará constar en la inscripción del edificio proyectado el número de viviendas, apartamentos, oficinas o despachos; es decir, ya en la primitiva inscripción de declaración de obra nueva y probablemente de división horizontal, se describen los concretos usos de los diferentes elementos privativos, formando parte probablemente del título constitutivo de esa propiedad horizontal.

Si con posterioridad, como es el caso que vamos a estudiar, se quisiera cambiar el uso específico de un inmueble con respecto a aquel que constaba en la licencia de edificación y/o ocupación que llega al Registro, la Dirección General ha considerado, de manera general, que para que se tome constancia de ese cambio serán necesarios los mismos documentos que para hacerlo constar; es decir, exige la necesidad de licencia. Verificada la inscripción con usos determinados, cualquier modificación de los mismos exige que se lleve a cabo nuevamente la aplicación de la norma de inscripción de obras nuevas (art. 20.3 Ley del Suelo) y por tanto la licencia municipal correspondiente (RDGRN de 13 de noviembre de 2013, 21 de abril de 2014); exigiendo la resolución de 30 noviembre de 2016 la licencia de ocupación, o en su caso, declaración responsable, «pues se trata de una modalidad de las licencias urbanísticas, que es exigida, con carácter general, para la primera utilización de los elementos de nueva construcción, de los que hayan sido objeto de modificación sustancial o de ampliación, y, cuando se produzcan modificaciones de uso de los mismos»<sup>7</sup>. Salvo que nos encontremos ante algún supuesto de obra antigua que pueda hacerse como los supuestos del artículo 20.4 Ley del Suelo y artículo 52 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio.

Por lo tanto, el uso al que se destina un edificio viene previamente determinado desde su construcción y declaración de obra nueva, y asimismo, los concretos usos de los elementos privativos se hacen constar en aquella: vivienda, oficina, etc, apareciendo reflejados, entonces, en el título constitutivo de la propiedad horizontal.

Pero, a su vez, esos usos o destino pueden estar recogidos en los Estatutos de la comunidad, o no, y como luego veremos, en ellos puede recogerse, a su vez, alguna previsión específica sobre esos usos, o su cambio, o incluso la prohibición de algún uso concreto. Según qué recojan estos estatutos, el cambio de uso por uno solo de los propietarios, puede ser más difícil pues puede requerir la autorización de la comunidad. La naturaleza del elemento privativo (piso o local) suele determinar el destino del mismo (vivienda o actividad profesional o comercial), pero también puede a veces, como acabamos de señalar, determinarse



ese uso específico en el título constitutivo o en los propios estatutos de la PH (ej, piso destinado a consulta profesional).

## II. CAMBIO DE USO EN UN ELEMENTO PRIVATIVO

Pero, dicho lo cual, partiremos de la premisa de que el uso de un piso en propiedad horizontal es libre por parte del propietario o usuario, pero sometido a la vez a ciertas restricciones propias del entorno común en que se desenvuelve: la comunidad de propietarios, debiendo ser conforme a su naturaleza y respetooso con los demás vecinos.

El cambio de uso o destino de una vivienda, (por ejemplo, de vivienda a local y de local a vivienda) ha generado mucha discusión doctrinal y abundante jurisprudencia, que vamos a tratar de exponer<sup>8</sup>, y después, trataremos de averiguar si el uso de una vivienda como alojamiento turístico supone un cambio de uso, y si así lo fuera, si puede llevarse a cabo y cómo.

En primer lugar, hay que decir que el destino o uso del elemento privativo descrito en el título constitutivo no es preceptivo, no supone una adscripción al uso<sup>9</sup>; esto quiere decir, que —mientras no se establezca así expresamente, como un uso adscrito en el título—<sup>10</sup>, la mera descripción allí realizada no impide que un piso pueda destinarse a consulta profesional u otra actividad diferente de la de vivienda descrita. En este sentido se ha manifestado numerosa jurisprudencia, indicando que la simple descripción en función del destino típico de los elementos integrantes de un edificio (vivienda, garaje, trastero, local comercial, oficina) que se haya hecho en la escritura de división horizontal, no vincula los futuros usos que los propietarios quieran darles, pues las limitaciones del derecho de propiedad deben interpretarse de forma restrictiva (SSTS de 21 de diciembre de 1993; 20 de septiembre de 2010; 10 de octubre de 2007, 20 de octubre de 2008; 27 de noviembre de 2008; RRDGRN de 20 de febrero de 1989; 23 de marzo de 1998; 26 de enero de 2002<sup>11</sup>).

En consecuencia, en principio, el cambio de uso de un piso en propiedad horizontal puede realizarse sin mayores dificultades, pues el cambio de uso es facultad inherente al titular dominical, y no debe restringirse. Tal y como ha dicho el Tribunal Supremo en varias ocasiones, «existe una plena libertad a la hora de establecer el uso que se le puede dar a un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal, de tal forma que los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad del inmueble como consideren más adecuado, a no ser que este uso esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria» (STS de 9 de octubre de 2013).

De igual forma, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha confirmado esa doctrina jurisprudencial, afirmando igualmente que existe plena libertad del propietario para establecer el uso que tenga por conveniente, pues los propietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad del inmueble como consideren más adecuado (RDGRN de 5 de julio de 2017).

Por lo tanto, regla general: libertad del propietario de cambiar el uso del inmueble o elemento privativo de una propiedad horizontal, pues el establecido en el título constitutivo no es preceptivo. Podría hacer ese cambio sin necesidad del consentimiento de la comunidad.

Sin embargo, a esta regla general podemos establecer dos excepciones:

a) Está previsto en los estatutos que el cambio de uso de un elemento privativo debe ser aprobado por la comunidad. En este caso, el propietario no podrá llevar a cabo dicho cambio (por ejemplo de local comercial a vivienda), sin el acuerdo de la Junta. En este sentido, la RDGRN de 21 de octubre de 2014 establece que el propietario de un elemento privativo puede destinar su departamento al uso que desee pero debe estar a lo que sobre ellos se haya dispuesto en los estatutos inscritos.

b) Cuestión distinta, pero con el mismo resultado de imposibilidad de cambio unilateral por parte del propietario, es si ese uso nuevo que se pretende dar al piso está prohibido en los estatutos, o bien se estableciera de forma expresa en el título constitutivo, o en los propios estatutos, una adscripción del elemento a un uso concreto que no puede variarse. En este caso, cuando existe una prohibición expresa de un uso determinado en los estatutos, esa actividad no podrá llevarse a cabo, y el propietario no tiene la facultad para utilizar de esa manera su finca (STS de 14 de octubre de 2004), ni en consecuencia podría cambiar el uso a uno expresamente prohibido. *Sensu contrario*, la RDGRN de 18 de abril de 2017 afirma que «no habiendo prohibición en los estatutos, será posible cambiar el uso de un local y pasar a vivienda con las debidas licencias, en su caso, sin poder exigirse el consentimiento de la comunidad...».

Eso sí, esas limitaciones, prohibiciones o restricciones de uso deben constar de forma clara y expresa para que no quede lugar a dudas de su existencia y para no menoscabar el contenido dominical mas allá de lo necesario (STS de 23 de febrero de 2006; 3 de diciembre de 2014, RDGRN de 23 de marzo de 1998), no bastando para colegir una prohibición que los estatutos no contemplen un uso concreto, y debe aparecer asimismo inscrita en el Registro para su oponibilidad a terceros (STS de 30 de diciembre de 2010; 24 de octubre de 2011, 3 de diciembre de 2014).

La SAP Alicante, de 8 de julio de 2010, resume bien esta idea, al afirmar que «la alteración del destino de un elemento privativo supone el ejercicio de una facultad derivada del derecho de propiedad que podrá ejercitar cada propietario libremente siempre y cuando: a) en los estatutos no exista una prohibición expresa y concreta que prohíba el ejercicio de esa actividad; b) el cambio de uso no comporte alteración en los elementos comunes; c) se obtengan los permisos y licencias precisos» (también STS de 24 de octubre de 2011, RDGRN de 23 de marzo de 1998).

También hay que decir que cuando no existan estatutos (pues estos no son obligatorios) habrá que acudir al título constitutivo, y a las normas internas (estatuto privado en virtud del 5.2 LPH) que se hayan dado en la comunidad para determinar el uso, y lo que allí se diga será relevante en orden, asimismo, a prohibir un uso u otro (SSTS de 5 de marzo de 1998, 21 de julio de 2003).

### III. CAMBIO DE USO: DE VIVIENDA A ALOJAMIENTO COLABORATIVO

Sentado el principio general de libertad de cambio de uso, nos planteamos ahora qué ocurre cuando un piso destinado a vivienda, elemento privativo en una propiedad horizontal, se alquila de forma total por breves periodos de tiempo con finalidad turística. Es decir, qué pasa cuando ese piso de carácter residencial se dedica ahora a ser un alojamiento colaborativo o vivienda turística, que se ofrece a través de plataformas digitales para su uso por turistas como alternativa a un hotel.

Nos planteamos, en definitiva, si dedicar una vivienda a alojamiento colaborativo o turístico por su propietario, persona particular, supone un cambio de uso o destino del mismo, y si así lo fuera, cómo podría llevarse a cabo.

Entendemos que la finalidad de ocupación o utilización de la finca es distinta, pues nada tiene que ver ocuparla como residencia (donde se desarrolle la libre personalidad del propietario y su familia, o de las personas que allí habiten), que utilizarla únicamente como alojamiento temporal y de paso, normalmente para poder visitar una ciudad concreta. Con respecto al dueño del inmueble, la finalidad es bien distinta, pues en el caso del alojamiento turístico, la cesión del uso tiene una única finalidad de lucro y negocio. De hecho, la propia LAU excluye estos alojamientos temporales breves con finalidad turística de su propia aplicación, pues el uso que se da a los inmuebles en estos casos es bien distinto que en el arrendamiento normal de vivienda, o incluso de temporada.

Creemos que el destinar una vivienda tradicional a un uso turístico, un alojamiento de tipo colaborativo o vacacional, sí supone un auténtico cambio de uso o destino. ¿Cómo puede hacerlo el propietario?

#### 1. CAMBIO DE USO CON PROHIBICIÓN ESTATUTARIA

Cuando la propiedad horizontal ya está en funcionamiento, si un propietario de un piso quiere establecer una vivienda de uso turístico en él, en principio, está cambiando el destino previsto y asignado a un elemento privativo de esa comunidad, (de vivienda a servicio turístico). En estos casos, sería similar o asimilable al cambio de vivienda a local de negocio, por tratarse de un negocio de hostelería, turístico, similar en muchos puntos al hospedaje, pues no puede olvidarse que lo que nació como un verdadero ejemplo de la economía colaborativa, para compartir casas o viviendas infrautilizadas, hoy se ha convertido en un lucrativo y rentable negocio, que lejos de compartir su vivienda, buscan la mayor rentabilidad de la misma.

Podríamos aplicar los mismos criterios que en el cambio de vivienda a local, o viceversa, de local a vivienda también admitido sin problemas por la jurisprudencia, que establece como regla la posibilidad de cualquier uso<sup>12</sup>.

Es decir, todo lo que hemos dicho con anterioridad sería de perfecta aplicación: libertad del propietario de cambiar el destino de su vivienda, alquilándolo como vivienda turística, sin necesidad del consentimiento o acuerdo de la Junta de propietarios para ello, salvo que así se contemplara en los propios estatutos, o esta actividad estuviera expresamente prohibida o se adscribiera de forma obligatoria en los estatutos o en el título constitutivo a un uso concreto que impidiera su cambio.

Si ese uso turístico está prohibido en los estatutos, no podrá llevarse a cabo el cambio de destino de residencia o vivienda permanente a turística. En este caso, el propietario que quisiera destinar su vivienda al alquiler vacacional no tendrá mucho que hacer y, en principio, no podría destinar su propiedad a tal fin. Solo tendrá una solución posible: la supresión o modificación de esa prohibición que consta en los estatutos.

Sin embargo, las dificultades con que se encuentra para levantar dicha prohibición son grandes, ya que para cualquier modificación de los estatutos o del título constitutivo (fuera de los casos del art. 10.1 LPH) se necesita unanimidad de todos los copropietarios (art. 17.6 LPH), y como ya hemos puesto de relieve en alguna otra ocasión<sup>13</sup>, será prácticamente imposible de alcanzar tal acuerdo

limitativo, pues el resto de propietarios de los otros pisos probablemente no presen su consentimiento a este cambio de destino, pues las molestias que ocasionan una vivienda turística o vacacional, con elevada rotación de huéspedes, son grandes, y pueden llegar a constituir una actividad molesta, que no quieran soportar.

Por tanto, si en los estatutos se prohíbe un uso determinado y esos estatutos, como es normal, están inscritos en el Registro de la Propiedad junto con el título constitutivo, ese destino o uso afecta a terceros, es oponible, y un nuevo adquirente, por ejemplo, de un piso no puede desconocer esa prohibición o ese uso concreto; siendo menester para cambiarlo o evitar la prohibición, un acuerdo por unanimidad de la Junta de propietarios que modifique los estatutos y que se vuelva a inscribir en el Registro de la Propiedad.

Esto, como ya hemos dicho, impide que se levante normalmente tal prohibición, y en consecuencia, el cambio de uso a alojamiento turístico no podría llevarse a cabo.

Es difícil, por lo reciente del fenómeno del alojamiento colaborativo, que en los estatutos conste una prohibición expresa de destino a uso turístico o vivienda turística, pero puede estar establecida o una prohibición de hospedaje, o plantearse, también, la prohibición de actividades molestas o nocivas, en las que tratan de enmarcar las viviendas turísticas. Entiendo que una prohibición expresa de este tipo (actividades molestas, o de hospedaje) también impedirían un cambio de uso o destino de vivienda a alojamiento turístico.

## 2. CAMBIO DE USO SIN EXPRESA PROHIBICIÓN ESTATUTARIA

Pero, también puede ocurrir que los estatutos no prohíban un uso concreto de alojamiento turístico o asimilable al mismo como acabamos de ver, ni que haya un uso concreto al que se adscriba ese piso determinado.

¿Puede entonces destinarse libremente ese piso a alojamiento turístico, cuando en principio su uso aparece descrito como vivienda?

Ya hemos dicho que, en estos casos, podría libremente destinarlo a ese uso, pues lo contrario limitaría el derecho de propiedad particular, según la doctrina general.

Pero, una vez que ya se haya establecido, no es infrecuente que la comunidad quiera impedir ese uso o destino, por las molestias que suele ocasionar.

En estos casos, ¿puede la comunidad *a posteriori* impedir dicho cambio de uso?

Al igual que antes, solo podría a través de un acuerdo unánime de la Junta de propietarios, que impidiera o prohibiera expresamente el cambio de uso a destino de alojamiento turístico, pues implica de nuevo un cambio en el título constitutivo.

En estos casos, cuando ya se ha destinado algún piso al alojamiento turístico, y se quiera prohibir *a posteriori* el uso turístico, es difícil de nuevo que se llegue a ese acuerdo unánime, pues el propietario del piso turístico no va a votar a favor nunca.

Es cuestionable si la ausencia del propietario del piso turístico en la Junta, sin oponerse al mismo, puede computarse como un voto positivo, favorable a tal prohibición, según lo dispuesto en el artículo 17.8 LPH; pero, siguiendo a Cerdeira en este extremo, no parece que pueda computarse su ausencia como voto favorable, sino que será necesaria su expresa oposición al respecto, como parece desprenderse de la doctrina del Tribunal Supremo y la Dirección General

de los Registros y del Notariado en asuntos en los que se limitaba de alguna forma el derecho de propiedad de uno de los comuneros, donde no caben los actos colectivos de la comunidad<sup>14</sup>.

En cualquier caso, entendemos que esa prohibición nunca podría tener efectos retroactivos, en caso de conseguirse, y si ya se ha establecido el nuevo uso o destino, no podrá impedirse que continúe en adelante. No obstante, varias comunidades autónomas han establecido como requisito administrativo regulatorio de este tipo de viviendas que no exista tal prohibición en el edificio<sup>15</sup>, lo que viene a ser una medida, algo disuasoria, que puede aminorar, las molestias y protestas vecinales que este tipo de alojamientos están causando.

En conclusión: tal y como ha determinado la jurisprudencia en muchas ocasiones, el propietario tiene libertad para establecer el destino de su elemento privativo, y puede, en consecuencia, realizar libremente el cambio, —como manifestación del respeto por el contenido del derecho de propiedad— siempre que ese nuevo destino no esté prohibido en los estatutos. Una prohibición *a posteriori* es también muy complicada, por la dificultad de alcanzar la unanimidad necesaria<sup>16</sup>, por lo que se propone desde aquí la posibilidad de encontrar medidas de carácter o bien preventivo o bien que rebajen las mayorías necesarias para reformar los estatutos en aras a establecer o levantar prohibiciones de cambio de uso, como signo de las relaciones de vecindad que limitan la convivencia en una propiedad horizontal.

#### IV. CONCLUSIONES

I. El uso o destino de un edificio en propiedad horizontal queda determinado en su título constitutivo, en la escritura de división horizontal, acompañada de la declaración de obra nueva, donde se establece el uso o destino del mismo (uso autorizado), que después se concreta en los usos específicos para cada elemento que lo compone. Esos usos llegan al Registro de la Propiedad y son conocidos por todos.

II. Pero la descripción de un uso concreto para un elemento privativo en el título constitutivo, en los estatutos, no supone una adscripción obligatoria al mismo, ni impide ni limita, por tanto, la facultad de cambio de destino de todo propietario; pues esta es la regla general.

III. Se establece, en consecuencia, una doctrina de libertad de cambio de uso para el propietario de un elemento privativo en un edificio de propiedad horizontal que solo puede verse limitada o constreñida por dos circunstancias: prohibición expresa de cambio de uso o de un uso concreto en los estatutos, o adscripción también expresa a un uso determinado que no pueda variarse.

IV. Cuando un propietario quiere destinar su piso-vivienda al alquiler vacacional o uso turístico del mismo, en principio y conforme a lo que acabamos de exponer puede hacerlo libremente, salvo que tal uso esté expresamente prohibido en los estatutos.

V. Si existe tal prohibición, no podrá destinar el piso a tal actividad turística, y solo si consigue suprimir tal prohibición, podría hacerlo; la dificultad estriba en que para ello se necesita unanimidad de todos los propietarios, que no se va a conseguir al oponerse normalmente el resto.

VI. Si la prohibición de destino o uso turístico se intentara *a posteriori*, por el resto de propietarios y una vez ya iniciada la actividad turística, de nuevo, la dificultad de aprobarla sería grande, pues la unanimidad no se alcanzaría al

oponerse el propietario anfitrión de los turistas. No cabe entender su ausencia en la votación como voto favorable a la medida, ni tendrá efecto retroactivo.

VII. De este modo, y hoy o por hoy, salvo una prohibición *a priori* y expresa en los estatutos de la actividad turística, nada impediría el cambio de uso de vivienda a alojamiento turístico, con las molestias e inconvenientes que muchas veces supone para el resto de copropietarios que tienen que convivir con el continuo trasiego de personas e incomodidades que ello genera. Habría que buscar la forma de impedir ese cambio de uso como medida preventiva para evitar las molestias posteriores que el mismo pueda ocasionar.

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### RESOLUCIONES DE LA DGRN

- 12 de diciembre de 1986
- 22 de febrero de 1988
- 20 de febrero de 1989
- 23 de marzo de 1998
- 23 de mayo de 2001
- 26 de enero de 2002
- 12 de diciembre de 2002
- 4 de marzo de 2004
- 23 y 31 de marzo de 2005
- 19 de abril de 2007
- 13 de noviembre de 2013
- 21 de abril de 2014
- 21 de octubre de 2014
- 18 de abril de 2017
- 5 de julio de 2017
- 31 de agosto de 2017

### SENTENCIAS DEL TS

- 7 de febrero de 1989
- 21 de diciembre de 1993
- 5 de marzo de 1998
- 21 de julio de 2003
- 14 de octubre de 2004
- 23 de febrero de 2006
- 19 de mayo de 2006
- 20 de septiembre de 2007
- 10 de octubre de 2007
- 20 de octubre de 2008
- 27 de noviembre de 2008
- 20 de mayo de 2009
- 16 de julio de 2009
- 30 de febrero de 2010
- 20 de septiembre de 2010
- 30 de diciembre de 2010

- 24 de octubre de 2011
- 13 de diciembre de 2011
- 9 de octubre de 2013
- 15 de marzo de 2014
- 3 de diciembre de 2014

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2008). El cambio de uso o destino de fincas sujetas al régimen de propiedad horizontal. *Observatorio inmobiliario y de la construcción*, núm. 25, 2008, 24-25.
- BRIONES GÓMEZ, P. (2013). Transformación de locales de negocio en viviendas. *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 137, 52-55.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2018). Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho. *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero de 2018, 53-88.
- LANZAS MARTÍN, E. P. (2017). La constancia registral del cambio de uso de una edificación o de parte de ella. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 760, 1081-1094.
- FAUS PUJOL, M. (2018). Modificación total o parcial de la propiedad horizontal. Cambio de uso y otros supuestos. *Vlex*, disponible en <http://vlex.com/vid/modificacion-total-parcial-295287>.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2015). Propiedad horizontal: el propietario puede convertir su local en vivienda si reúne las condiciones de habitabilidad. *Revista CESCO*, 2015.
- VELAMAZÁN PERDOMO, G. (2008). El cambio de destino, de local a vivienda, de inmueble sujeto a régimen de propiedad horizontal: imperiosa necesidad de facilitararlo. Razones para ello. *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 146, 1307-1319.

## NOTAS

<sup>1</sup> El artículo 12 RD Legislativo 7/2015 de 30 octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación urbana: «Artículo 12. Contenido del derecho de propiedad del suelo: facultades.

1. El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien».

<sup>2</sup> El poder de disposición es un aspecto fundamental del derecho de propiedad (SSTDEH de 13 de junio de 1979, 24 de septiembre de 1982), y en el mismo se incorpora sin duda alguna la facultad de destinación de la cosa objeto de la propiedad.

<sup>3</sup> STC37/1987, de 26 de marzo, FJ2.: «Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo

a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes». Dice el Tribunal Constitucional, también, que la imposición de cargas u obligaciones positivas (por ejemplo, y como ejemplo más claro, las que radican de normativa urbanística), concurren a la definición del derecho de propiedad, delimitando su contenido. Eso sí: siempre con el límite del respeto al contenido esencial mismo del derecho fundamental (STC 204/2004, de 18 de noviembre).

<sup>4</sup> Artículo 12 RD Legislativo, 7/2015, de 30 de noviembre por el que se aprueba la Ley del Suelo y rehabilitación urbana: «El derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones comprende con carácter general, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, los deberes siguientes: a) Dedicarlos a usos que sean compatibles con la ordenación territorial y urbanística».

<sup>5</sup> Sobre los requisitos registrales del cambio de uso de una vivienda en propiedad horizontal, véase el artículo que lo trata y comentan extensamente la RDGRN de 13 de noviembre de 2013 de LANZAS MARTÍN, E.P. (2017). La constancia registral del cambio de uso de una edificación o de parte de ella. *RCDI*, núm. 760, 1081-1094; y también, FAUS PUJOL, M. (2018). Modificación total o parcial de la propiedad horizontal. Cambio de uso y otros supuestos. En *Vlex*, disponible en <http://vlex.com/vid/modificacion-total-parcial-horizontal-295287>.

<sup>6</sup> Artículo 45 RD 1093/1997, de 4 de julio por el que se aprueban normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de Naturaleza Urbanística: «Inscripción de obras nuevas. Los edificios o mejoras de los mismos que por accesión se incorporan a la finca, cuando se ejecuten conforme a la ordenación urbanística aplicable, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad en virtud de los títulos previstos por la legislación hipotecaria. A tal efecto, deberá constar en los mismos, al menos, el número de plantas, la superficie de parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificados, y, si en el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente».

<sup>7</sup> Salvo que nos encontremos ante algún supuesto de obra antigua que pueda hacerse como los supuestos del artículo 20.4 Ley del Suelo y artículo 52 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio.

<sup>8</sup> Véase: VELAMAZÁN PERDOMO, G. (2008). El cambio de destino, de local a vivienda, de inmueble sujeto a régimen de propiedad horizontal: imperiosa necesidad de facilitarlo. Razones para ello. *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 146, pp. 1307-1319; AA.VV. (2008). El cambio de uso o destino de fincas sujetas al régimen de propiedad horizontal. *Observatorio inmobiliario y de la construcción*, núm. 25, 2008, pp. 24-25; BRIONES GÓMEZ, P. (2013). Transformación de locales de negocio en viviendas. *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 137, 52-55.

<sup>9</sup> Por ejemplo, descripción de un espacio como piso-vivienda; solo si se dice «expresamente destinado», o «exclusivamente a vivienda» o similar; no hay limitación de uso.

<sup>10</sup> Como hizo la STS de 20 de septiembre de 2007, que entendió que ese uso descrito en el título, en ese caso sí comportaba una obligatoria adscripción al mismo pues estaba impuesto de forma clara y preciso, pero esto es excepcional, y recoge esta sentencia la regla general de que la descripción de un uso en el título constitutivo no significa que este sea obligatorio. En este sentido afirma esta sentencia: «Es cierto que esta Sala ha puesto de manifiesto (STS de 21 de diciembre de 1993; 23 de febrero y 19 de mayo de 2006) que las disposiciones del título en relación con el uso de determinados elementos de la comunidad no comportan necesariamente una adscripción definitiva si no la imponen de manera clara y precisa, sino que pueden implicar un destino originario susceptible de ser modificado por quien ostente facultades para ello sin necesidad de acudir al procedimiento de modificación del título, especialmente cuando afecten a las facultades dominicales de los copropietarios sobre los elementos privativos. La concepción del derecho de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico, no sujeta a otras limitaciones que las expresamente previstas en las leyes y las que convencionalmente se establezcan, así como la inexistencia en el título constitutivo de una prohibición expresa del cambio de uso o destino de los locales comerciales



del edificio, todo lo cual implica que las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse limitadamente, de tal forma que su titular puede acondicionar su propiedad al uso que tenga por conveniente, siempre y cuando no quebrante alguna prohibición legal, y ello aunque suponga un cambio de destino respecto del previsto en el título constitutivo».

<sup>11</sup> Véase por todas: STS de 27 de noviembre de 2008: «la conclusión determina que la mera descripción del uso y destino del edificio en los Estatutos o en el Título, no supone por sí misma limitación del uso o de las facultades dominicales, pues para ello es necesaria una cláusula o regla precisa y concreta, con obligación para los comuneros de su cumplimiento, pero la descripción del edificio y de sus partes contenida en los estatutos o en el título de propiedad constituye un elemento relevante en la labor interpretativa que debe llevarse a cabo para determinar el alcance de la aplicación a la realidad concreta de un determinado edificio en régimen de comunidad de los conceptos que la Ley utiliza para acotar los elementos comunes llamados esenciales (SSTS de 23 de febrero de 2006 [RJ 2006, 910]; 10 de octubre de 2007)».

<sup>12</sup> RRDGRN de 12 de diciembre de 1986; 22 de febrero de 1988; 23 de marzo de 1998; SSTS de 7 de febrero de 1989; 30 de febrero de 2010. Véase también a este respecto GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2015). Propiedad horizontal: el propietario puede convertir su local en vivienda si reúne las condiciones de habitabilidad. *Revista CESCO*.

<sup>13</sup> Véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: (2018). El alquiler vacacional como actividad molesta en la Comunidad de Propietarios, en *RCDI*, núm. 765, enero-febrero, 496-513; y también CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2018). Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho. *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero de 2018, 53-88.

<sup>14</sup> Véase CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2018). *ob. cit.*, p. 64 y las RRDGRN de 19 de abril de 2007, 23 de mayo de 2001, 12 de diciembre de 2002, 4 de marzo de 2004, 23 y 31 de marzo de 2005, y SSTS de 20 de mayo y 16 de julio de 2009; 13 de diciembre de 2011; 15 de marzo de 2014.

<sup>15</sup> Por ejemplo, la Comunidad de Madrid así lo está contemplando en la reforma que va a aprobarse del Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid.

<sup>16</sup> En Cataluña, el nuevo artículo 553.25.4 CCCat. Ha rebajado la necesidad de unanimidad a una mayoría de 4/5 para poder modificar los estatutos y por tanto prohibir o levantar la prohibición de cambio de uso destino turístico, y además para la nueva prohibición ya no es necesario el consentimiento expreso del propietario anfitrión.

#### 1.4. Sucesiones

### El legado o donación del derecho de habitación en el caso de un descendiente mayor de edad con discapacidad: controversias ante la aplicabilidad de una novedad legislativa sucesoria y contractual

#### *Bequest or donation or legacy of the right of habitation child of legal age with disabilities: courting controversy of inheritance and contractual new legislation*

por

ARACELI DONADO VARA

*Profesora Contratada Doctora de Derecho civil (Titular Universidad Acreditada)  
(UNED)*

*RESUMEN:* Ante una situación de necesidad económica de un hijo mayor de edad con discapacidad, diversas son las opciones tuitivas existentes en nuestra legislación, entre ellas el derecho de alimentos pero también la posibilidad de que a través de una donación o legado del derecho de habitación las necesidades de cobijo o de vivienda de ese hijo mayor con discapacidad que carece de recursos económicos sean satisfechas. Estudiaremos estas posibilidades existentes que tienden a proteger a estos hijos, distinguiendo las situaciones de minoría y mayoría de edad, y dentro de esta clase, si el hijo tiene o no discapacidad.

*ABSTRACT:* In a situation of economic need involves a son or a daughter of legal age with disabilities there are several protection options in our legislation. The options we study include alimony but also the possibility that through a donation or bequest or legacy of the right of habitation the needs of shelter or housing of that legal age child with a disability who lacks economic resources are somehow fulfilled. We analyse these existing protection possibilities for these children, distinguishing the situations of minority and of legal age, and within this class, if the child has a disability or not.

**PALABRAS CLAVE:** Mayores. Discapacidad. Vivienda. Habitación. Alimentos. Sucesión.

**KEY WORDS:** *Disable. Occupancy. Alimony. Inheritance. Legal age.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR DEL SUPUESTO DE HECHO Y LA FINALIDAD TUITIVA DE LA NORMA.—II. USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS UNA CRISIS MATRIMONIAL A FAVOR DE UN DESCENDIENTE MAYOR DE EDAD CON DISCAPACIDAD: LA STS DE 19 DE ENERO DE 2017 Y SUS ANTECEDENTES JURISDICCIONALES.—III. LA DISCAPACIDAD Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO A TENOR DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—IV. DERECHO DE HABITACIÓN EN FAVOR DEL HIJO CON DISCAPACIDAD: OTRA POSIBLE ALTERNATIVA CONTRACTUAL Y SUCESORIA.—V. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL NOVEDOSO DERECHO DE HABITACIÓN: UN DERECHO REAL LIMITADO EN COSA AJENA DE CARÁCTER GRATUITO Y LAS PARTICULARIDADES SOBRE EL TITULAR LEGITIMARIO.—VI. EL HABITACIONISTA COMO BENEFICIARIO: SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES.—VII. CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS ANTE LA CONVIVENCIA CON OTROS TITULARES DE LA VIVIENDA: CONFLICTOS Y CONTROVERSIAS INTERPERSONALES.—VIII. LAS VÍAS LEGALES DE ATRIBUCIÓN SEGÚN EL ARTÍCULO 822 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: 1. VOLUNTARIA: DONACIÓN Y LEGADO; 2. ORIGEN LEGAL: EL «LEGADO LEGAL».—IX. CONCLUSIONES.—X. RESOLUCIONES CITADAS.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR DEL SUPUESTO DE HECHO Y LA FINALIDAD TUITIVA DE LA NORMA

Existen distintas medidas de protección tanto de los menores de edad cuyos padres o progenitores se encuentran en una situación de crisis matrimonial, como de los mayores de edad que necesiten cubrir sus necesidades vitales de cobijo, alojamiento, vestimenta, alimento... a pesar de que sus padres estén separados o divorciados.

La situación sería distinta si la relación de pareja o del matrimonio no estuviera envuelta en una situación de crisis matrimonial, dado que la convivencia normal y ordinaria, así como los deberes de patria potestad conjunta sobre los hijos menores de edad serían cumplidos y ejercidos sin problema.

En cuanto a las medidas de protección de los hijos mayores de edad, hay que tener en cuenta que sigue vigente la obligación legal de alimentos que tienen sus parientes cercanos para con ellos, así como un posible derecho de habitación que también podría establecerse para una situación de protección de un hijo con discapacidad.

En el caso de un hijo mayor de edad, deben tener una especial protección aquellas situaciones en las que este tenga una capacidad de obrar modificada judicialmente o si tiene una discapacidad.

La atribución del uso de la vivienda familiar normalmente se establece a favor de un hijo menor de edad durante su minoría de edad, pero también se abre una nueva línea jurisprudencial que permite al hijo mayor de edad con discapacidad continuar en la vivienda familiar con el cónyuge no titular de la misma al que se haya atribuido el uso de la vivienda, durante un tiempo determinado. El Tribunal Supremo ha considerado en una sentencia de 2017, que debe limitarse la duración del uso y disfrute de la vivienda familiar tras una crisis matrimonial, ya que la protección que debe dispensarse a este hijo mayor de edad con discapacidad no es la misma que la que debe propocionársele a un menor de edad. Recuerda también el Tribunal Supremo que si fuera necesario sigue en vigor el deber de

alimentos que tienen los progenitores para con sus hijos. Recordamos otra figura que ha sido incorporada a nuestro Código Civil en el año 2003, y tiene que ver con el posible derecho de habitación que se puede constituir en favor de un hijo con discapacidad, para que sus necesidades habitacionales estén cubiertas.

## II. USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS UNA CRISIS MATRIMONIAL A FAVOR DE UN DESCENDIENTE MAYOR DE EDAD CON DISCAPACIDAD: LA STS DE 19 DE ENERO DE 2017 Y SUS ANTECEDENTES JURISDICCIONALES

El Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de enero de 2017, cuyo Ponente es José Antonio SEIJAS QUINTANA, desestima la pretensión de la actora que solicitaba que el uso de la vivienda familiar —cuya titularidad era privativa de su marido— fuera de carácter indefinido debido a la protección que debía dispensársele a una hija suya, mayor de edad y con una discapacidad, con la que convivía. Se había establecido una duración limitada a los tres años. En esta interesante sentencia, nuestro Alto Tribunal distingue la distinta protección que debe dársele a los hijos menores de edad respecto de los hijos mayores de edad, y a su vez diferencia los que tienen una incapacitación judicial de los que tienen una discapacidad.

El caso de autos era el siguiente. Se presenta una demanda de divorcio por parte de una mujer-esposa-madre en la que solicita diversas cuestiones: entre ellas, la guarda y custodia del hijo menor y la guarda de la hija mayor, así como que le sea atribuida la vivienda familiar; una pensión de alimentos de 250 euros para cada hijo, y una pensión compensatoria para ella de 300 euros. El marido se opuso en el sentido de que se otorgara la patria potestad compartida; la guarda y custodia del hijo menor de edad a él, y la atribución de la vivienda familiar —al ser privativa suya— también a él, entre otras cuestiones.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Quart de Poblet dictó sentencia el 3 de octubre de 2013 en la que se estableció la disolución del matrimonio por divorcio, y las siguientes medidas definitivas: la atribución del uso y del disfrute de la vivienda y el ajuar familiar para la esposa durante tres años, al ser el interés más necesitado de protección, así como se estableció quién abonaría el pago de los diferentes suministros y gastos ordinarios y extraordinarios de la vivienda. Adicionalmente, se recogió que el padre debía abonar una pensión de alimentos de 140 euros por cada hijo, y que los gastos extraordinarios fueran abonados por mitad entre ambos progenitores. Sin embargo, no se reconoció la pensión compensatoria solicitada por la demandante.

Posteriormente, esta decisión fue recurrida en apelación por la mujer, y la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, dictó sentencia el 9 de marzo de 2015 en la que se desestimó el recurso interpuesto por la recurrente y confirmando íntegramente la sentencia de Primera Instancia. Esta sentencia también fue recurrida por la recurrente, basándose en la infracción que se había hecho a la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de mayo de 2012 y consideró que se había vulnerado el contenido del artículo 96 del Código Civil. Finalmente, el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de enero de 2017, cuyo Ponente fue José Antonio SEIJAS QUINTANA, desestimó el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia.

Nuestro Alto Tribunal en la sentencia *in comentando* considera —al igual que ya lo hicieran las sentencias anteriores— que en este caso la particularidad está

en que la vivienda es privativa del marido, y que no hay hijos menores, sino una hija mayor que padece una esquizofrenia que le impide vivir sola, necesitando la colaboración de alguien que la ayude con la medicación. El problema, por tanto, no es tanto que la vivienda sea privativa del marido para otorgarle el uso al otro cónyuge, y en este supuesto deberá serlo de un modo temporal, y así lo hizo la sentencia de instancia y de apelación. Para el Tribunal esta decisión es correcta por lo que está plenamente de acuerdo con ella, además, y lo que es más importante y fundamental en este caso, es que hay que considerar la salud mental de uno de los hijos, lo que le hará acreedor de la protección del hijo menor de edad para la atribución de la vivienda, siguiendo la STS de 30 de junio de 2012. En esta sentencia de 2012, y sobre la aplicación del artículo 96 del Código Civil se estableció que «el uso de la vivienda se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden». Se está protegiendo el interés de los hijos menores, al ser el más necesitado de protección. Ahora bien, los hijos incapacitados deberán equipararse a los hijos menores, al ser su interés también el más necesitado de protección, por lo que estarán incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil que no distingue entre hijos menores e incapacitados. Adicionalmente, y para dar mayor relevancia a lo expuesto y fundamentar esta afirmación, está la necesidad de protección recogida en la *Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, (en adelante, CDPD) de 2006, y también en la *Ley 26/2011, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

La recurrente consideraba que se había infringido el artículo 96.1 del Código Civil y la jurisprudencia de la sentencia de 30 de mayo de 2012, ya que, en su opinión, los hijos con discapacidad deberían ser equiparados a los menores, por lo que solicitaba que la atribución del uso de la vivienda familiar lo fuera de un modo indefinido. No obstante, este recurso se desestima por el Tribunal Supremo, ya que realmente no se ha pronunciado sobre el uso de la vivienda familiar a favor de los hijos mayores con discapacidad sino que lo ha hecho sobre el derecho de alimentos, considerando que el hecho de la discapacidad de un hijo mayor de edad no determinaba la extinción o modificación de los alimentos que los padres deben prestarles en juicio matrimonial, que deben equipararse a los que reciben los menores durante la convivencia del hijo en la vivienda familiar y que además se carezca de recursos. Por tanto, lo que en realidad se equipara son los hijos mayores con discapacidad reconocida, pero no declarada judicialmente, con los hijos menores.

Se trataba de un caso de una hija con la patria potestad rehabilitada en favor de la madre, sin embargo, en este supuesto la discapacidad de la hija que convive en el domicilio familiar con su madre no ha sido judicialmente reconocida, ni consta la resolución administrativa de discapacidad.

Ahora bien, el artículo 96 del Código Civil tampoco considera esta condición, ni en el caso de los hijos ni en el de los cónyuges, ni se ha regulado ningún derecho especial y particular sobre esta materia, a pesar de la entrada en vigor de la Convención de Nueva York antes citada. Considera el Tribunal Supremo que quizá el motivo es porque contempla la prórroga de la patria potestad como instrumento protector, atribuyendo por tanto la custodia a uno de los padres, ahí sí se produce la equiparación entre hijos menores y mayores, a los que se refiere la sentencia antes mencionada de 30 de mayo de 2012.

De todas formas, y dado que la condición de discapacidad no siempre resulta de una resolución judicial tras un juicio de modificación de la capacidad, sino la condición de discapaz según el artículo 1 de la Convención de Nueva York

de 2006 está integrada por aquellas personas que tengan deficiencias físicas, psíquicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. No es necesaria una declaración judicial para que puedan prestarse los apoyos a quien de hecho —y no de derecho— sufre alguna limitación de esta clase.

Ahora bien, será necesario distinguir si entre los apoyos que el artículo 12 de la CDPD presta a una persona con discapacidad hay que incluir el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y del divorcio, considerando que el artículo 96 del Código Civil regula este derecho como una medida de protección de menores en una situación de crisis matrimonial, y nunca con un carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los progenitores. Y esto es así ya que una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, se tiene la constancia de que se trata de una medida sujeta a un plazo temporal, por lo que a esta medida se la dota de seguridad jurídica. Por tanto, se estará ante una situación de igualdad entre cónyuges, en la que se aplica el 96.3 del Código Civil, atribuyendo el uso al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección, por el tiempo que prudencialmente se establezca, tal y como se hizo en la sentencia recurrida.

Para nuestro Alto Tribunal, en caso de prescindirse de ese límite temporal en el supuesto de existencia de hijos con discapacidad o con la capacidad judicialmente modificada se iría en contra del artículo 96 del Código Civil, por lo que dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, ya que al titular de la vivienda se le impondría una limitación indefinida y durante toda su vida, vaciando, por tanto, de contenido el derecho de propiedad o reduciéndolo de un modo importante, por lo que se condicionaría el cese de la medida a la mejoría o recuperación de la capacidad, o a la desaparición de la dependencia.

Aunque si bien es cierto que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales asegurando una existencia digna a su titular, el interés superior del menor que motiva la constitución de la medida del uso de la vivienda familiar no se puede equiparar al del hijo mayor con discapacidad, como para otorgarle una especial protección que el ordenamiento jurídico otorga al menor. Y esto es así, para nuestro Tribunal Supremo, ya que el interés del menor tiende a su protección y asistencia en todo orden, a diferencia del de la persona con discapacidad que por el contrario pretende la integración de su capacidad de obrar mediante el sistema de apoyos orientado a una protección especial, en función eso sí, del grado de discapacidad que ostente.

Esta equiparación la hizo ya el Tribunal Supremo en las sentencias mencionadas<sup>1</sup> para supuestos muy concretos de prestación de alimentos y con un evidente interés de que pudieran superar esta condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario, eso sí, siempre con la posibilidad de que los alimentos pudieran ser atendidos por el alimentante en su casa. Y esto no supondrá una disminución —que trata de evitar la Convención— sino todo lo contrario, se pretende complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible en un mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo (*vid.* STS de 7 de julio de 2014<sup>2</sup>).

El interés de las personas mayores con discapacidad depende de muchos factores, de su estado y grado físico, mental, intelectual o sensorial; de una correcta evaluación de su estado; del acierto de la adopción de los apoyos en la toma de decisiones y de la elección de la persona encargada de hacerlo, que

proteja y promueva sus intereses como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de sus derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión, por parte de la persona que asume su cuidado, respetando su derecho a formar su voluntad y preferencias, que le dé la oportunidad de vivir de forma independiente y de tener el control sobre su vida diaria —siempre que sea posible— lo que supone —como ocurre en este caso— que la toma de decisiones derivadas del divorcio de sus padres sea asumida por la hija, y no por su madre.

Por tanto, dispone el Tribunal Supremo que una cosa es intentar proteger al más débil o vulnerable, y otra distinta que en todo caso haya que imponer las limitaciones sobre la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial cuando existen otras formas de protección que no son discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación de alimentos de sus padres. Ahora bien, una vez que el hijo alcanza la mayoría de edad, decae automática y definitivamente el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda, por tanto, los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido proporcionarles habitación (art. 142 del Código Civil). Ahora bien, transcurridos estos tres años y finalizada por tanto la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, en el caso de que fuera necesario continuar atendiendo a las necesidades de vivienda y alimentos de la hija, debe ser satisfecha —si no pudiera atenderlos ella misma— a través de la obligación de alimentos de sus progenitores, concluye nuestro Alto Tribunal. Por tanto, habrá que valorar cómo cada uno de los progenitores debe cumplir el deber alimenticio una vez haya concluido el tiempo de uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, que podrá variar en función de los recursos y medios del alimentante y de las necesidades del alimentista, así como de la posibilidad de prestarlos. Finalmente, desestima el recurso de casación formulado por la madre contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, imponiéndole las costas judiciales a la madre recurrente.

Además del reenvío que realiza esta sentencia del Tribunal Supremo a la obligación legal de alimentos que tienen los parientes en base al artículo 142 del Código Civil, una vez finalice el plazo de tres años establecido, entendemos que existe otra figura en nuestro ordenamiento jurídico que puede ser muy interesante para cubrir las necesidades habitacionales del hijo mayor con discapacidad. En concreto nos estamos refiriendo a la posible constitución por parte de sus progenitores de un derecho de habitación en su favor. Será esta la opción a la que nos referiremos en las siguientes líneas y cuya regulación favorable se desarrolla en el Código Civil tras la reforma de la Ley 41/2003, como a continuación explicamos.

### III. LA DISCAPACIDAD Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO A TENOR DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El fenómeno de la discapacidad en la legislación española y europea, se justifica por el llamativo aumento del número de personas que sufren alguna discapacidad. Una persona con discapacidad es aquella que por una causa física, psíquica (ahora afortunadamente diferenciada la intelectual de la mental) o sensorial, tiene algún grado de minusvalía que le dificulta el acceso al mundo laboral o sortear diversas barreras arquitectónicas en su vida diaria, así como

la discriminación social por la discapacidad que presenta, y que le dificulta su normal desenvolvimiento<sup>3</sup>. El significativo incremento numérico producido en este colectivo además de la consiguiente preocupación social y política<sup>4</sup>, tuvieron como resultado que la Unión Europea tomara conciencia de esta realidad y el año 2003 fuera declarado como Año Europeo de las Personas con Discapacidad, para diseñar y promover diversas medidas de actuación conjunta tendentes a mejorar las condiciones de vida de este colectivo<sup>5</sup>. Se insta a que en los distintos Estados de la Unión Europea exista una línea de actuación para desarrollar mecanismos tendentes a disminuir la tasa de desempleo, a mejorar las condiciones laborales, y a eliminar las barreras físicas y psicológicas<sup>6</sup>.

En España, siguiendo la línea marcada por la Unión Europea, se promulga la *Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*. Posteriormente, hay que destacar un importante hito en esta materia que tuvo lugar con ocasión de la promulgación de la *Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Esta Convención supone la consagración del enfoque de los derechos de las personas con discapacidad. En ella, además se considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y se dispone que los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo. Un nuevo impulso se dio en España para alcanzar el objetivo de adecuación concreta de la regulación en materia de discapacidad a las directrices marcadas por la CDPD, con la promulgación de la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, que modifica algunas leyes (por ejemplo, la Ley de Propiedad Horizontal; la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, entre otras) y tal y como se recoge en su Preámbulo «da un decidido impulso reformador en el sentido de salvaguardar los derechos de tales personas con el objetivo de favorecer la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto personal como colectiva, avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva». En su disposición final segunda se recogió la tarea que tenía el Gobierno de redactar y aprobar un Texto Refundido que incorporase tres<sup>7</sup> importantes leyes en materia de discapacidad armonizándolas al contenido de la Convención Internacional de la ONU de 2006. Por lo que finalmente, en el año 2013 y dentro del plazo establecido, se dio cumplimiento a este deber legislativo y se promulgó 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*.

En las siguientes líneas prestaremos atención al artículo 822<sup>8</sup> del Código Civil, que incorpora un nuevo derecho de habitación para el caso de que exista, al fallecimiento del causante, algún hijo o descendiente con discapacidad<sup>9</sup>.

#### IV. DERECHO DE HABITACIÓN EN FAVOR DEL HIJO CON DISCAPACIDAD: OTRA POSIBLE ALTERNATIVA CONTRACTUAL Y SUCESORIA

El derecho de habitación viene mencionado en diversos ámbitos de nuestro Código Civil común. Nos encontramos esta figura en materia contractual,



sucesoria, de Derecho de familia recogiéndose que este derecho puede constituirse tanto de manera voluntaria como de un modo legal, como analizaremos seguidamente.

Los artículos 523 a 529 del Código Civil regulan el derecho real de uso y de habitación<sup>10</sup>, y asimismo reenvían al contenido y regulación del derecho de usufructo para aquellas cuestiones que deban completar su regulación y que no se opongan a la regulación de estos derechos limitados. Asimismo, en materia sucesoria se establece entre los tipos de legados, el legado de cosa gravada con derecho de uso o habitación estipulado en el artículo 868<sup>11</sup>, debiendo el legatario respetar esos derechos hasta su extinción. Aparece también el legado de habitación en favor del viudo o de cualquiera por el tiempo que permanezca soltero o viudo, dispuesto en el artículo 793 del Código Civil. Igualmente, se reconoce un posible derecho de uso o de habitación sobre la vivienda habitual que puede ser solicitado por el cónyuge superviviente en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (viene regulado en el art. 1407 del Código Civil). Se trata de un derecho de adjudicación preferente para el caso de fallecimiento del otro cónyuge, que podrá pedir el cónyuge sobreviviente sobre la vivienda habitual con la intención de que se incluya en su haber —ya sea en propiedad o que se constituya un derecho de uso o de habitación— sobre la vivienda habitual en la que venía residiendo cuando falleció su cónyuge. En el caso de que el valor de los bienes o del derecho de habitación fuera superior al del haber del cónyuge adjudicatario sobreviviente, ahora sí deberá abonar la diferencia en dinero<sup>12</sup>. Finalmente, se estableció en la Ley 41/2003<sup>13</sup>, una novedad al alterar la enumeración del anterior artículo 822 del Código Civil, que pasó a ser el actual artículo 821<sup>14</sup>, y también dio nueva redacción al artículo 822<sup>15</sup>, con la intención de favorecer a las personas con discapacidad con donaciones o legados voluntarios de un derecho de habitación realizados en su favor siempre que se tratara de legitimarios del causante o del donante y que al fallecer el testador o el donante convivieran con él.

Ahora bien, el legislador ha establecido que este derecho de habitación<sup>16</sup> que puede ostentar el beneficiario hasta el final de sus días, al ser personalísimo, será, por tanto, intransmisible<sup>17</sup>. También se establece un legado legal de derecho de habitación sobre la vivienda habitual donde convivía con el causante al fallecer este, para el supuesto de defecto de previsión explícita por parte del causante. El legislador considera que la persona con discapacidad necesita una intuición especial y que, por las causas que sean, si el causante así no lo dispuso o recogió, el legislador se hace valedor de sus intereses y necesidades, permitiéndole ostentar un derecho de habitación en la vivienda donde hasta entonces residía.

No obstante, debemos recordar que esto no impide que pueda haber varias personas conviviendo bajo ese mismo techo en el momento del fallecimiento del causante, por ejemplo, es posible que convivieran juntos otros descendientes o ascendientes (con discapacidad o no) del causante, o también que residiera allí el cónyuge viudo. En este caso, todos ellos podrán continuar residiendo en esa vivienda ostentando distintos títulos, por ejemplo, como titulares de un derecho de propiedad —aunque gravado con el derecho de habitación—, o bien con un derecho de nuda propiedad los hijos y el derecho de usufructo el cónyuge superviviente aunque por ejemplo, con esa carga del derecho de habitación en favor, según recoge el artículo 822<sup>18</sup> de un legitimario con discapacidad<sup>19</sup>. Por lo que según vemos diversas pueden ser las situaciones de convivencia que pueden darse y que analizaremos más adelante.

V. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL NOVEDOSO DERECHO DE HABITACIÓN: UN DERECHO REAL LIMITADO EN COSA AJENA DE CARÁCTER GRATUITO Y LAS PARTICULARIDADES SOBRE EL TITULAR LEGITIMARIO

Este derecho de habitación es un derecho real limitado en cosa ajena atribuible de forma gratuita a través de dos posibles vías: la donación y el legado. Ahora bien, para el supuesto de necesidad, también se estipula el «legado legal». El beneficiario tiene que ser un legitimario con discapacidad que conviviera con el causante en el momento del fallecimiento de este. Se trata de un derecho intransmisible y otros colegitimarios, o incluso el cónyuge superviviente, pueden continuar conviviendo en la vivienda gravada con este derecho de habitación en beneficio del beneficiario con discapacidad.

La novedad que se ha incluido en la regulación de este especial derecho de habitación es más bien un privilegio o la «discriminación positiva» al no «computar» para el cálculo de las legítimas. O dicho de otro modo, el valor del legado no se reducirá para calcular las legítimas, ni tampoco habrá colación en caso de existir otros legitimarios, por tanto, no se computará la cuantía del valor de la donación. En definitiva, el legado y la donación del derecho de habitación quedan fuera de las legítimas, y su cuota legitimaria no se reduce porque tampoco se le imputa en su cuota, siempre y cuando, eso sí, se den los demás requisitos exigidos en esta figura. La Ley 41/2003 pretendía apoyar a las personas con discapacidad a través de la incentivación del uso de esta figura, que ya desde sus orígenes romanos tendía a proteger a las personas menos favorecidas, más desvalidas y con menos ingresos económicos, en vez de beneficiarlas con un derecho de propiedad<sup>20</sup>.

El habitacionista o beneficiario de este derecho de habitación debe ser un legitimario, por lo que según el artículo 807 del Código Civil, lo serán los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes; en su defecto, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes; y el cónyuge viudo, que puede concurrir con cualquiera de los anteriores familiares.

El beneficiario de este derecho de habitación debe tener una discapacidad reconocida<sup>21</sup>. Conviene no confundirlo con la modificación de la capacidad de obrar, por tanto, esta persona no tiene que haber sido incapacitado judicialmente o con la capacidad de obrar modificada, sino que tenga una discapacidad.

Es imprescindible también para la aplicación de la figura, la convivencia previa en la vivienda familiar al fallecer el causante (titular de la vivienda). Dicho esto, no se ha establecido en la norma ningún plazo mínimo requerido, aunque eso sí no será de aplicación en las segundas viviendas. Si existía una necesidad en el legitimario con discapacidad en el momento del fallecimiento del causante será posible que se constituya un «legado legal», como expresamente recoge nuestro legislador. Ahora bien, consideramos que esta necesidad debería también aplicarse y tenerse en cuenta en la donación y en los legados voluntarios, ya que se trata de un régimen especial que afecta a las legítimas y por tanto al resto de legitimarios, que verían mermadas sus cuotas. Creemos que si no se valorara esta necesidad real del legitimario con discapacidad no tendría mucho sentido este derecho especial, por ejemplo, en el caso de que el legitimario tuviera otra vivienda adaptada; o si mejorara su situación; o si estuviera en una residencia... Sin embargo, este precepto nada regula sobre la necesaria situación de necesidad real en caso de donación o legado constituido por el causante.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 11 de marzo de 2005 se resuelve la solicitud de la constitución de un «legado legal» por parte de la

demandante. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia aplica la Ley 41/2003 y lo concede, por lo que los demandados recurren, siendo finalmente revocada este fallo en apelación. Los padres fallecieron en 1994 y 1998 cuando todavía no estaba en vigor la norma. La Audiencia destaca que la sucesión se rige por la ley vigente en el momento del fallecimiento del causante y que no se puede aplicar la irretroactividad de las normas en base a los artículos 2.3 del Código Civil y 9.3 CE, por lo que no ha lugar al legado legal pretendido por la demandante.

Otro supuesto en el que también se solicita la constitución de un «legado legal» y asimismo es denegado judicialmente dado que este derecho nace cuando fallece el causante, no con posterioridad. El padre fallece en 2002, constituyéndose una comunidad de bienes entre los hijos (herederos) y la viuda separada. Esta pretende la división de la cosa común. Los hijos solicitan que se constituya un «legado legal», ya que consideran que nace desde este momento. La Audiencia Provincial de Murcia, en sentencia de 9 de octubre de 2007, desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia al considerar que el derecho se origina en el momento del fallecimiento del testador; y por lo tanto, no habrá una atribución del derecho sucesorio que no le corresponde con la delación o llamamiento a la herencia —fallecimiento del causante—.

Debemos recordar que este derecho de habitación está establecido únicamente en favor de los legitimarios que tengan reconocida una discapacidad, y que esta esté en vigor en el momento de la apertura de la sucesión, y no al establecerse el legado o la donación. Ahora bien, no se establece este beneficio a favor de un legitimario incapacitado judicialmente, si en él no concurre a su vez el grado de discapacidad exigido<sup>22</sup>. En cuanto a la certificación de la discapacidad, se señalaba en la Ley 41/2003 en su artículo 2 el grado exigido para poder beneficiarse de estas medidas. Entre ellas están las personas afectadas por una discapacidad psíquica igual o superior al treinta y tres por ciento; y por otro lado, las afectadas por una discapacidad física o sensorial igual o superior al sesenta y cinco por ciento. Actualmente, en el Texto Refundido de 2013, recoge en su artículo 4 quiénes serán personas con discapacidad a los efectos de este cuerpo legal: «1. 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. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

El reconocimiento del grado de discapacidad será realizado por el órgano competente conforme a lo establecido reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.

El segundo requisito exigido —aparte de la certificación de la discapacidad— es que se trate de un legitimario del causante o del donante (benefactor). Legitimario que podrá ser, por lo tanto, un hijo o descendiente, un ascendiente, así como el cónyuge supérstite del causante (*vid.* 807 del Código Civil).

El legitimario con discapacidad para beneficiarse de este derecho de habitación privilegiado debe estar conviviendo con el donante o testador, titular de la vivienda familiar gravada con el derecho de habitación en el momento del

fallecimiento de este último. A falta de esta imprescindible convivencia, no será posible la concesión al legitimario con discapacidad de este derecho de habitación. Ahora bien, el único requisito es la convivencia en el momento del fallecimiento, no estableciéndose un plazo mínimo o necesario.

## VI. EL HABITACIONISTA COMO BENEFICIARIO: SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES

El derecho real limitado de habitación<sup>23</sup> faculta al habitacionista —persona beneficiaria de este derecho— a ocupar en vivienda ajena las piezas necesarias<sup>24</sup> para él y, en su caso, para su familia<sup>25</sup> (cónyuge, pareja de hecho, cuidador...), de forma vitalicia, salvo que el título constitutivo disponga algo distinto.

En cuanto a la forma de constitución de este derecho de habitación, dado que nada se establece al respecto para este derecho, se aplicará por remisión lo previsto para el derecho de usufructo<sup>26</sup>, en concreto al artículo 468 del Código Civil, por lo que podrá constituirse por alguna de estas vías: a) por ley; b) por la voluntad de particulares a través de actos *inter vivos* y *mortis causa*; c) por prescripción; d) por el derecho de adjudicación preferente de la vivienda habitual al cónyuge viudo, tal y como vimos anteriormente en el artículo 1407 del Código Civil, y e) el caso excepcional del artículo 822 del Código Civil, el derecho en beneficio de legatario con discapacidad.

El título constitutivo del derecho de habitación, al igual que el de los otros derechos reales, será inscribible en el Registro de la Propiedad, tal y como dispone el artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria<sup>27</sup>. En dicho título constitutivo se regularán los derechos y obligaciones del habitacionista así como sus límites; en su defecto se estará a lo dispuesto en los artículos referidos a los derechos de uso y habitación; y si esto tampoco fuera suficiente, deberemos remitirnos supletoriamente a lo dispuesto en el Código Civil para el derecho de usufructo.

Por otra parte, es importante añadir que una nota característica de este derecho de habitación es que no se puede arrendar ni traspasar por ningún título<sup>28</sup>, según dispone el artículo 525 del Código Civil, de ahí que la Ley Hipotecaria prohíba la constitución de una hipoteca en los derechos de uso y habitación (art. 108.3 LH), a diferencia de la permisividad existente para el derecho de usufructo (art. 107.1 LH). Intrasmisibilidad<sup>29</sup> de este derecho de habitación que reitera de una manera un tanto innecesaria el nuevo artículo 822 del Código Civil, aunque seguramente lo haga para que no quepa ninguna duda de que se trata de un derecho personalísimo del legitimario con discapacidad, establecido únicamente en su beneficio.

Las causas que dan lugar a la extinción de este derecho son las mismas que las del usufructo<sup>30</sup>, pero hay que añadir además por abuso grave de la cosa o de la habitación, pérdida total de la vivienda, cumplimiento de un plazo determinado, la renuncia del derecho, la reunión en la persona con discapacidad de la nuda propiedad y del derecho de habitación, así como cualquier otra causa de extinción prevista en el título constitutivo, incluida la condición resolutoria de que el legitimario con discapacidad mejore su estado de salud. De todas formas, la principal causa de extinción de este derecho es el fallecimiento del habitacionista (aunque tenga hijos o descendientes, a no ser que el título constitutivo dispusiera otra cosa), por tratarse de un derecho vitalicio.

El habitacionista dependiendo de si ocupa o no toda la vivienda así deberá contribuir a los gastos de su mantenimiento. En este sentido, señala el artícu-

lo 527 del Código Civil, que si ocupa la totalidad del bien inmueble, deberá sufragar las reparaciones ordinarias de conservación y pagar las contribuciones. Mientras que si únicamente habitara parte de la morada, no deberá contribuir en nada, siempre que el propietario tuviera bastantes aprovechamientos como para cubrir los gastos y cargas, de lo contrario, deberá hacerse cargo de la cantidad que falta<sup>31</sup>.

## VII. CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS ANTE LA CONVIVENCIA CON OTROS TITULARES DE LA VIVIENDA: CONFLICTOS Y CONTROVERSIAS INTERPERSONALES

Tal y como avanzamos anteriormente cabe la posibilidad de que coexistan y convivan en la misma vivienda varias personas con un derecho de habitación respectivo, pudiéndose haber constituido cada uno de ellos a través de las distintas vías, antes mencionadas. Y así, por ejemplo, podrá residir un cónyuge viudo cuyo derecho de habitación derivara del artículo 1407 del Código Civil, con otros colegitimarios o terceras personas con otros derechos de habitación u otros derechos reales. Pero además en esta posible convivencia, podría tratarse del cónyuge viudo y que también fuera legitimario/beneficiario, por lo que tendría preferencia para residir en la vivienda *ex* artículo 1407 pero además podría beneficiarse del 822 del Código Civil, si cumpliera los requisitos establecidos en este precepto, dando como resultado que no fuera computado en su legítima.

Ahora bien, si el beneficiario fuera otro legitimario, el cónyuge viudo continuaría con su derecho de propiedad sobre la vivienda pero gravado con el derecho de habitación del 822; o con otro derecho de habitación que a su vez podría coexistir con el derecho del 822. Imaginemos que hay varios descendientes de ese cónyuge viudo, algunos de los cuales tienen una discapacidad y otros no, pero todos ellos con un derecho de habitación.

También pudiera darse el caso de que hubiera varios titulares del derecho de propiedad gravada con este derecho de habitación; o también que hubiera hijos con la nuda propiedad y el viudo que ostentara un derecho de usufructo, aunque con esa carga del derecho de habitación del que fuera beneficiario otro legitimario.

O incluso sería posible la siguiente situación de convivencia entre cualquier persona con el beneficiario (viudo o cualquier otro) a favor del cual se estableció un legado de habitación durante el tiempo que permaneciera soltero o viudo. La condición absoluta de no contraer matrimonio —primero o ulterior—, no es válida —y se tendrá por no puesta—, salvo la impuesta al viudo por su difunto consorte o por los descendientes o ascendientes de este (*vid.* 793 del Código Civil).

Posible es también la convivencia con otros posibles beneficiarios del derecho de habitación, por ejemplo, puede haber varios colegitimarios con discapacidad que convivieron con el causante y que necesitan que se establezca en su beneficio un «legado legal».

Traemos a colación un caso que nos parece interesante y que fue resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 13 de marzo de 2007. En este caso, la hija y tutora de su madre incapacitada (dueña de la mitad indivisa y usufructuaria de la vivienda) pretendía representando a la madre, el desalojo de la hermana en la vivienda que ocupaba en virtud del legado del derecho de habitación otorgado por su padre en testamento. Pretendía que la madre residiera en la vivienda al ser más accesible pero excluyendo a la hermana. La sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia del Juzgado

de Primera Instancia al considerar válido el legado del derecho de habitación que le permitía ocupar las piezas necesarias en la vivienda. La madre podría, eso sí, solicitar el uso y disfrute de la vivienda respetando el derecho de habitación, sin posibilidad de lanzamiento al ostentar la hermana un título válido.

Merece la pena mencionar la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 26 de septiembre de 2012. En este caso, los demandantes pretendían con carácter principal la declaración de nulidad del legado del derecho de habitación establecido por el difunto en favor de la demandada, y con carácter subsidiario, la posibilidad de utilización conjunta de la vivienda entre la demandada y los demandantes-propietarios. La sentencia de instancia estima esta última pretensión. Sin embargo, la demandada recurre la sentencia de Instancia al no aceptar la cohabitación. La Audiencia Provincial finalmente desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

En otro supuesto recurrido en apelación y resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de septiembre de 2003, el demandante a favor de quien se había constituido un legado del derecho de habitación pretendía que se extendiera a toda la vivienda su derecho. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestima su pretensión y la Audiencia Provincial a su vez desestima el recurso de apelación y confirma la de instancia. Finalmente, se establece que habrá una utilización parcial de la vivienda que cubra las necesidades de la familia. En este caso al vivir sola esta persona, la Audiencia Provincial de Barcelona dispone que podrá usar exclusiva y excluyentemente algunas dependencias (1 dormitorio), y otras necesarias como el baño o la cocina, ahora bien, establece que sobre estas habrá una utilización común con el propietario.

Como hemos expuesto anteriormente, es posible que exista una convivencia de varias personas con derecho de habitación<sup>32</sup>, así por ejemplo el cónyuge viudo (*ex* 1407 del Código Civil) o también otros legitimarios, según dispone el nuevo artículo 822 del Código Civil, situaciones estas que FLORES RODRÍGUEZ califica de «auténtico derecho de cohabitación con perfiles singulares»<sup>33</sup>. El Código Civil contiene la posibilidad de establecer un legado de habitación en favor de los descendientes o ascendientes solteros, así como del cónyuge superviviente mientras permanezca soltero o viudo, por lo tanto podrán convivir varias personas con derecho de habitación en la misma vivienda habitual<sup>34</sup>, derechos de habitación que pueden tener su origen a través de las distintas vías tal y como acabamos de ver.

## VIII. LAS VÍAS LEGALES DE ATRIBUCIÓN SEGÚN EL ARTÍCULO 822 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

### 1. VOLUNTARIA: DONACIÓN Y LEGADO

El derecho de habitación en beneficio de un legitimario con discapacidad se podrá atribuir por dos vías distintas, aunque ambas, como se verá, a título gratuito. En concreto dependerá de si se realizan *inter vivos*, así la donación, o *mortis causa*, así el legado.

En cuanto a este segundo modo de atribución del derecho, el legado, puede realizarse, como lo será en la generalidad de los supuestos, de una manera voluntaria por parte del testador, pero también se incorpora en la Ley 41/2003 una nueva modalidad de adjudicación a través del «legado legal», para el supuesto de necesidad por parte del legitimario con discapacidad sin que lo dispusiera el testador por el motivo que fuera.

El privilegio o beneficio que incluye este legado o donación de derecho de habitación solo tendrá efecto si concurre en el legitimario una causa de discapacidad. Este trato de favor se configura (igualmente ante la ausencia de declaración en este sentido por parte del causante) ante la presunción del legislador de que el causante habría querido beneficiar a su familiar legitimario con discapacidad, presunción *iuris tantum*, y que, por tanto, podrá ser rebatida si expresamente el causante dispone su exclusión<sup>35</sup>.

En relación con la donación, el trato de favor referido a este derecho de habitación estaría en que su valor no se compute para calcular la cuota legitimaria del beneficiario. En concreto: que el valor del derecho de habitación no se sume al valor de los bienes existentes al tiempo de fallecer el donante, como disponen los artículos 818 y 819 del Código Civil. Para el cálculo de las legítimas se estará al valor de los bienes que quedaren al fallecer el testador, deduciendo las deudas y las cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Se agregará al valor líquido de los bienes hereditarios el de las donaciones colacionables. Señala el artículo 819 que las donaciones hechas a los hijos, si no tienen el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima<sup>36</sup>. Por lo tanto, para que los derechos legitimarios de los herederos forzosos no sean frustrados, habrá que sumar (reunión ficticia) el valor de las liberalidades realizadas en vida por el fallecido al valor de los bienes existentes en el momento del fallecimiento. Este montante (caudal hereditario) posteriormente se dividirá entre el número de legitimarios con derecho a la cuota legitimaria, dando como resultado la cuota legitimaria individual de cada heredero forzoso.

En definitiva, con el nuevo artículo 822<sup>37</sup> se impide que el valor de la donación de derecho de habitación en favor de un legitimario con discapacidad sea computado para el cálculo de las legítimas individuales. La donación constituirá en muchos casos título jurídico para regularizar la convivencia anterior. O el legado para garantizar que continúe residiendo en esa vivienda una vez ocurrido el fallecimiento del causante.

La donación, según dispone el artículo 618 de nuestro Código Civil, es un acto de liberalidad por el que una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra. Como es sabido, el momento de perfección de la donación se produce desde que el donante o benefactor tiene conocimiento de la aceptación por parte del donatario. Por lo cual, al ser la donación una transmisión voluntaria de un bien o derecho en favor de alguien, donatario, sin recibir ninguna contraprestación, requiriendo de la aceptación del donatario para su perfección, esto hará que a pesar de que el Código Civil la califique como «acto», tenga un carácter contractual, por existir un acuerdo de voluntades<sup>38</sup>.

En cuanto a los sujetos que pueden ser donantes, señala el Código Civil que podrán hacer donaciones todos los que pueden contratar y disponer de sus bienes; mientras que para aceptar bastará que no estén incapacitados para ello. En el caso de este especial derecho de habitación, deberá ser un legitimario con discapacidad que conviva con el benefactor<sup>39</sup>.

Por otra parte, existen distintos criterios para clasificar las donaciones puras, obligacionales, con reserva de la facultad de disponer o con cláusula de reversión. Por lo que se refiere a la forma de la donación revestirá la forma verbal, seguida de la entrega, o por escrito si no concurre la entrega en caso de ser un bien mueble; ahora bien, si el objeto donado es un bien inmueble, deberá hacerse en escritura pública expresando en ella los bienes donados así como el valor de las cargas (arts. 632 y 633 del Código Civil).

Pues bien, y por lo que se refiere a la redacción del artículo 822 del Código Civil, algunos autores se han planteado si en este precepto se está refiriendo a

las donaciones *inter vivos* de un derecho de habitación, de naturaleza vitalicia y con efectos en vida del donante, o si por el contrario, también se admiten las donaciones *mortis causa* (las donaciones que producen sus efectos con la muerte del donante, que participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se rigen por las reglas para la sucesión testamentaria, según señala el art. 620 del Código Civil).

La diferencia entre ambos tipos de donaciones tiene que ver con el momento en el que despliega sus efectos: en vida o tras la muerte del donante; así como su posible revocación: las donaciones *inter vivos* son esencialmente irrevocables (a excepción de la supervivencia o superveniencia de hijos, o por ingratitud), mientras que las donaciones *mortis causa* son esencialmente revocables, como cualquier disposición de última voluntad. Las primeras se formalizan mediante un contrato mientras que las segundas por disposición testamentaria. Este tipo de donaciones *mortis causa* guardaría más similitudes con el legado, ya que ambas figuras tienen una naturaleza parecida que comunican o intercambian; de legado, por el régimen aplicable, y de la donación, por el momento de su otorgamiento.

Para FLORES RODRÍGUEZ, en el artículo 822 del Código Civil, únicamente se recoge la donación *inter vivos* de un derecho real de habitación con unos efectos inmediatos (atribución patrimonial directa) con la ventaja de su exclusión de la legítima. Se excluiría, pues, la donación por causa de muerte, porque si no donación y legado resultarían una «mera y absurda reiteración». Ahora bien, este autor considera que sí sería posible dentro de lo dispuesto por el artículo 822 otra opción de donación, la donación entre vivos con efectos diferidos a la muerte del donante, dado que no se desnaturaliza ni desvincula de los elementos objetivos y sustanciales de la donación<sup>40</sup>.

Por otra parte, en relación con el legado de derecho de habitación, igualmente será necesaria su concesión a un legitimario con discapacidad. El legado<sup>41</sup>, o disposición a causa de muerte a título singular, se hará en testamento. En cuanto al testador, deberá tener la capacidad testamentaria recogida en los artículos 662 a 666 del Código Civil: no ser menor de catorce años, y no hallarse habitual o accidentalmente en su cabal juicio. Por su parte, el legatario deberá ser un legitimario con discapacidad que convivía con el causante al fallecer este, y deberá ser capaz para suceder<sup>42</sup>.

Al ser la persona beneficiada con el derecho de habitación también un heredero, legitimario del causante, estaremos ante la figura del prelegado, recogida en el artículo 890 del Código Civil<sup>43</sup>. En este caso, como en cualquier atribución testamentaria a título particular existen tres sujetos distintos: el testador que ordena la atribución; el legatario, o sujeto beneficiado, y el gravado que deberá soportar la carga ordenada por el testador. Y en el caso del artículo 822 aparecen los mismos sujetos. Los legados serán soportados por todos los herederos de un modo proporcional, a no ser que el testador dispusiera otra cosa, en cuyo caso únicamente uno de los herederos debería soportar el derecho de habitación sobre una vivienda que se le ha atribuido de manera individual.

El legado se adquiere desde el momento del fallecimiento del otorgante del legado, por lo cual no será necesaria su aceptación; con todo sí será necesaria su entrega y posesión a los herederos (art. 885 del Código Civil). El legado otorga el título pero no el modo. Sin embargo, el novedoso artículo 822 del Código Civil, establece que el legitimario con discapacidad para verse beneficiado con este derecho de habitación deberá convivir en la vivienda objeto del derecho de habitación al fallecer el testador. Por lo cual, según parece el beneficiario ya poseía, disfrutaba del bien inmueble, porque convivía con el causante en la vivienda.



¿Debe solicitar el legatario la posesión de un derecho del que ya disfrutaba? El legatario deberá solicitar la posesión y la entrega del bien legado. En el caso de que el legitimario con discapacidad sea el único sucesor, parece que no existirá ningún problema, dado que adquirirá la posesión directamente del causante o por sí; mientras que si hubiera otros herederos, deberá solicitarles a estos la entrega del bien para poseerlo correctamente.

En definitiva: en este supuesto especial redactado conforme al nuevo artículo 822, el legitimario con discapacidad ya estaba disfrutando del bien inmueble al fallecer el testador, por tanto, parecería que la titularidad la adquirió ininterrumpidamente desde el fallecimiento del testador. De ahí que podríamos considerar que la formalidad de la entrega y posesión requerida en el artículo 885, anteriormente señalado, no sería aplicable a este supuesto, por parecer dilatoria e innecesaria. Si acaso la necesaria entrega vendría requerida para hacer constar este, o cualquier otro derecho real limitador de la propiedad en el Registro de la Propiedad, y así producir efectos contra terceros, siendo necesaria la escritura pública con la entrega por parte de la persona facultada y tras la partición hereditaria. Sin embargo, es posible la inscripción sin entrega por parte del heredero o albacea, si el legatario está facultado para tomar la posesión del derecho, así como en los supuestos de prelegado (al resultar imposible la autoentrega, por recaer en una misma persona la cualidad de heredero y legatario), como bien señala FLORES RODRÍGUEZ<sup>44</sup>. En síntesis para este autor, en el prelegado (situación recogida en el art. 822 del Código Civil), no es necesaria la entrega como requisito imprescindible previo a la inscripción a favor del legitimario legatario del derecho de habitación, dado que ya convivía, ya poseía el derecho de habitación legado, esto eximiría la petición, siendo suficiente la formalización de su aceptación. Se trata por tanto de una excepción al principio de petición de la posesión al heredero o albacea<sup>45</sup>.

Otra cuestión importante es la relativa a la titularidad del bien inmueble, en concreto, su carácter ganancial o privativo, que el testador o donante atribuye en beneficio de este legitimario con discapacidad. En el caso de que el bien inmueble sea privativo, no existirá ningún problema en cuanto a la eficacia de la atribución realizada por parte del titular del bien inmueble. Sin embargo, la situación se complica cuando el bien resulte ser ganancial, porque el valor de la atribución no podrá sobrepasar la cuota que finalmente le corresponda al otorgante tras la liquidación de la sociedad de gananciales. En el caso de que finalmente la vivienda se adjudique al haber del cónyuge sobreviviente, en caso de haber optado preferentemente por un derecho de propiedad o por un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, según le permiten los artículos 1406 y 1407 del Código Civil, el legatario de habitación se verá compensado con su valor económico. No hay que olvidar, de todas formas, que cualquier problema podrá resolverse por un pacto entre los cónyuges en beneficio del legitimario con discapacidad. De lo contrario, habrá que aplicar lo dispuesto en el artículo 1380 del Código Civil<sup>46</sup>. En este caso, al legitimario con discapacidad se le entregaría el valor del derecho de habitación, perdiendo el legado del derecho de habitación. Esta situación dejaría al legitimario con discapacidad fuera del hogar donde hasta entonces residía, sobre todo cuando el cónyuge sobreviviente no sea su progenitor e iría contra la finalidad de esta norma que —como se ha dicho— trata de asegurar a esta persona una vivienda digna así como ahorrarle los trastornos que el abandono de la misma le ocasionarían. En este caso, la convivencia entre varios derechos de habitación sería la solución deseable, siempre, claro está, de una forma pacífica.

## 2. ORIGEN LEGAL: EL «LEGADO LEGAL»

En último lugar, otra forma de atribución del derecho de habitación en favor de un legitimario con discapacidad recogida en el artículo 822, es el «legado legal». El legado en cuanto atribución hereditaria a título particular se fundamenta en la voluntad del testador que voluntariamente dispone del legado en beneficio de alguien. Por lo cual, cualquier atribución de bienes o derechos o legados legales que no tengan un origen en la voluntad del disponente, sino por ministerio legal, no serían legados propiamente dichos, al ir contra la naturaleza de la institución.

Este tipo de legados —los legales— se asimila a la sucesión ordenada por la ley a título particular, como lo es la cuota de usufructo del cónyuge viudo. En definitiva se acerca más a una atribución sucesoria ordenada por la ley de carácter singular, pero no dispuesta por la voluntad del testador. El Código Civil en este artículo 822 intenta suplir la posible voluntad del causante al beneficiar al legitimario con discapacidad con este derecho de habitación, cuando esta persona desfavorecida tenga necesidad, siempre claro está, que el testador no haya dispuesto otra cosa y no lo haya excluido expresamente en su testamento. La protección que habría que dispensarle al legitimario con discapacidad a través de este legado legal se trataría por tanto de una presunción *iuris tantum* de que esta sería la voluntad del causante. Por lo cual, en principio parece que para que surja este «legado legal» es necesaria la existencia de un testamento por parte del causante que guarde silencio sobre este legado de habitación. En principio, pues, este legado se daría en la sucesión testamentaria. Sin embargo, también hay que extenderlo a los supuestos de sucesión intestada, aunque parecería paradójico que no existiendo testamento, pueda existir un «legado», este «legado legal».

La anterior observación, que puede ser cuanto menos chocante, no lo es si se tiene en cuenta que no se trata realmente de un legado en su sentido más técnico y preciso, porque se establece por disposición legal y no por voluntad del testador. Entendemos que debe hacerse extensivo a las situaciones de necesidad por parte del legitimario con discapacidad, aunque no exista testamento del causante y titular de la vivienda habitual, ya que se trata de beneficiar a un legitimario que necesita seguir habitando en la morada donde hasta entonces residía, y sus derechos legitimarios son iguales tanto en la sucesión testada como en la intestada, y en definitiva, se trata de una atribución patrimonial a título singular establecida por la ley para el caso de que un testamento guarde silencio al respecto, o no se excluya expresamente. Es necesario el requisito de necesidad de la vivienda en el beneficiario. Ahora bien, ¿puede aplicarse a los otros casos? Por ejemplo, que no tenga un alojamiento alternativo; que no tenga recursos económicos... En este caso también hay una peculiaridad y es que es posible la convivencia con otros colegitimarios que también lo necesiten y se puedan establecer otros legados legales por lo que habrá que estudiar casuísticamente cada situación. El causante o donante que sea titular de la vivienda tendrá el poder de disposición, por ejemplo, propietario o copropietario —si hubo una atribución conjunta, del matrimonio— y que su derecho no se extinguiera al fallecer. El caso sería el siguiente, se lega la vivienda habitual y se trataba de un bien ganancial. Según el 1380 del Código Civil el legado de este bien produce sus efectos si finalmente es adjudicada a la herencia del testador. Si no lo fuera, se lega el valor al tiempo del fallecimiento. Podría aplicarse al legado del derecho de habitación y también se protegería al beneficiario del 822 del Código Civil.

La situación de necesidad requerida por el precepto 822 para que se origine este «legado legal», la deberán valorar los demás legitimarios, que serán los que

soportarán la carga de este derecho de habitación. Situación de necesidad que podrá darse igualmente en otros herederos, y podrán, por tanto, surgir situaciones de convivencia entre varios herederos, ya vista anteriormente.

## IX. CONCLUSIONES

I. Una vez estudiadas las cuestiones más destacables y principales de este derecho de habitación como medida de protección de un hijo mayor con discapacidad, se nos plantean varios interrogantes referidos a la aplicación de esta especial figura.

II. Los únicos beneficiarios serán los legitimarios con discapacidad pero no las personas con la capacidad de obrar modificada, salvo que en ellos además concorra el grado de discapacidad exigido. No olvidemos que estas personas con frecuencia también necesitan una ayuda especial de sus familias o parientes. Tampoco podría beneficiarse una persona que ostentara otro grado distinto al establecido en la Ley. Recordemos que el beneficiario legitimario con discapacidad conviviente puede por tanto recibir su legítima, pero también puede haber sido mejorado, y además, adicionalmente, verse beneficiado con este legado del derecho de habitación.

III. Podríamos pensar que la especialidad de este derecho que reside en que no es objeto de computación en la cuota legitimaria del legitimario beneficiario podría dar lugar a situaciones de tensión familiar entre los legitimarios una vez fallecido el causante titular, que podría sufrir el legitimario con discapacidad, que podría ocasionar, tal vez, su abandono o la despreocupación por parte de sus hermanos o familiares. Ya que suponemos que no todos acatarán ni entenderán de buen grado la constitución de este derecho especial en favor de su familiar con discapacidad.

IV. Observamos que el estado de necesidad en el supuesto del «legado legal» lo deberán valorar los demás herederos forzosos, estado este que irá en detrimento del resto de legitimarios, dado que no se computa este derecho de habitación en la legítima del legitimario con discapacidad. Cuestión esta que a la postre redundará y afecta al resto de familiares. A la vista de lo que acabamos de comentar, consideramos que tal vez este estado de necesidad no siempre sea «valorado en su justa medida» por los demás legitimarios, ya que en definitiva esta cuestión les afecta económicamente.

V. Si en una familia existen varias personas legitimarias con discapacidad, sería conveniente que todas ellas disfrutaran de este derecho de habitación privilegiado, aunque el testador no lo hubiere dispuesto para todos ellos, ya que en definitiva todos tienen esta necesidad.

VI. Varias personas pueden convivir y residir en la misma vivienda, cada una con un título distinto, por lo que la convivencia entre varios legitimarios en la vivienda familiar, a veces único bien integrante de la herencia del causante creemos que podrá ocasionar fricciones, tensiones y desavenencias, sobre todo, en el caso de que otro de los legitimarios que anteriormente no padecía una discapacidad la sufra con posterioridad por el motivo que fuera. Nos preguntamos por tanto, ¿qué sucedería en este caso en el que se dan discapacidades sobrevenidas tras el fallecimiento del causante?

VII. La preferente adjudicación en el haber del cónyuge sobreviviente de un derecho de propiedad o un derecho de habitación en la vivienda habitual, opción esta que tiene el cónyuge supérstite, puede ir contra el legado de habitación establecido en favor del legatario con discapacidad, sobre todo si no fuera

su descendiente o en caso de existir una enemistad entre ellos. Opción esta que podrá acabar —o enturbiar— las expectativas del discapacitado.

VIII. En definitiva, la regulación de este derecho de habitación no computable en la legítima del beneficiario con discapacidad resulta, en términos generales, acertada y positiva. Se trata de una persona que dada su discapacidad le será más difícil acceder al mundo laboral, conseguir un nivel económico aceptable y que resuelva sus necesidades vitales, y sobre todo que pueda acceder a una vivienda. Por tanto, si al menos tiene cubierta esta necesidad de la vivienda (no olvidemos que ya residía en ella) creemos que esta medida es bastante acertada. Cuantos menos obstáculos adicionales tenga sumados a la pérdida del familiar que, a buen seguro, era la persona que velaba por sus intereses, le cuidaba y le atendía dentro de sus posibilidades, creemos que cualquier medida tuitiva es bienvenida si tiene la finalidad de mejorar o mantener su nivel de vida. Ellos tendrán un derecho de habitación intrasmisible de carácter vitalicio, mientras que el resto de coherederos tendrán la nuda propiedad sobre la vivienda, por lo cual, debemos recordar que estos colegitimarios también han sido beneficiados ampliamente en la herencia del causante, al menos en su cuota legitimaria.

## X. RESOLUCIONES CITADAS

### TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 19 de enero de 2017
- STS de 7 de julio de 2014
- STS de 11 de noviembre de 2013
- STS de 30 de junio de 2012
- STS de 30 de mayo de 2012
- STS de 30 de marzo de 2012
- STS de 7 de septiembre de 2011

### AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Valencia de 9 de marzo de 2015
- SAP Girona de 26 septiembre 2012
- SAP Murcia de 9 de octubre de 2007
- SAP Baleares de 13 marzo de 2007.
- SAP Burgos de 11 de marzo de 2005
- SAP Barcelona de 17 de septiembre de 2003

### JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

- SJPI Quart de Poblet, 3 de octubre de 2013

## XI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, G. (2015). Reflexiones sobre el derecho de habitación de las personas con discapacidad desde la perspectiva del operador jurídico. *RCDI*. 751, septiembre, 2933-2948.

- CARRASCO PERERA, A. (2003). Acoso y derribo de la legítima hereditaria. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 580, 11.
- ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2016). Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual. *RCDI*, 757, septiembre, 2471-2510.
- FLORES RODRÍGUEZ, J. (2006). Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario. *RCDI*, año 82, 693, 121-144.
- (2005). El nuevo artículo 822 del Código Civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado, *RJN*, abril-junio, 37-100.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.<sup>a</sup> (2017). Determinación del derecho de habitación. *RCDI*, septiembre, 763, 2646-2660.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017). *Principios de Derecho Civil*, vol. I, *Parte General y Derecho de la persona*. Madrid: Marcial Pons, 23.<sup>a</sup> ed.
- (2017). *Principios de Derecho Civil*, vol. 3. *Contratos*, Madrid: Marcial Pons, 19.<sup>a</sup> ed.
- (2017). *Compendio de Derechos Reales. Derechos reales e hipotecarios*: Madrid: Marcial Pons, 6.<sup>a</sup> ed.
- (2017). *Principios de Derecho Civil*, vol. VII. *Derecho de sucesiones*, Madrid: Marcial Pons, 12.<sup>a</sup> ed.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. (2010). Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español. *RCDI*, 722, noviembre-diciembre, 2539-2557.
- MORETÓN SANZ, F. (2007). Los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito europeo e internacional (Nuevas perspectivas jurídicas en materia de no discriminación por razón de edad, discapacidad o dependencia). *Revista de Derecho de Familia de Costa Rica*, 2.
- (2006). Apuntes sobre la Constitución Europea y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad. *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 247 a 272.
- (2005). Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal. *RCDI*, 687, 61-115.
- NOGUERA NEBOT, T. (2006). El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil. *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 471-488.
- PASTOR ÁLVAREZ, C. (2004). Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas. *Aranzadi Civil*, núm. 20.
- PEREÑA VICENTE, M. (2004). El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado. *Diario La Ley*, año XXV, número 5957, 18 de febrero, 1828-1835.
- PÉREZ GIMÉNEZ, T. (2004). Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. *AC*, núm. 21, 2554-2558.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2005). El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, González Porras y Méndez González (Coords.), Bosch, 4017-4032.
- ROBLES REYES, J. R. (2001). Derechos de uso y habitación. Diferencias y evolución, en *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano, Los Derechos reales*, Torrent Ruiz (Coord.). Madrid: Edisofer, 733-738.

- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (2004). La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad. *AC*, núm. 4, 2.ª quincena de febrero, 357-369.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2002). El derecho real de habitación en la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, del Parlamento de Cataluña sobre la regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación. *La Notaría*, julio-agosto, núms. 7-8, t. 1, 25-34.
- VIVAS TESÓN, I. (2014). La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales. *RCDI*, 745, septiembre, 2510-2541.

## NOTAS

<sup>1</sup> Interesa el comentario realizado por ECHEVARRÍA DE RADA a las sentencias mencionadas en esta sentencia de 2017: en concreto, la de 30 de marzo de 2012 y la de 11 de noviembre de 2013, que aplican la doctrina de la STS de 5 de septiembre de 2011, en cuanto a los alimentos dispensados a los hijos mayores de edad, así como también la de 7 de julio de 2014, para el caso de los hijos mayores de edad con discapacidad, entre otras resoluciones, en su estudio (2016) Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual. *RCDI*. 757, septiembre, 2471-2510.

<sup>2</sup> Sobre esta interesante STS de 7 de julio de 2014 que establece como doctrina jurisprudencial «la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de medios», destaca VIVAS TESÓN en su interesantísimo comentario a este fallo, que esta novedosa e importante doctrina sentada por nuestro Alto Tribunal, «además de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en la CDPD, da claras muestras de una gran humanización...la Sentencia contribuye a promover la idea de la tutela de la persona con discapacidad como portadora de derechos humanos». Establece también esta sentencia el paralelismo entre menor de edad *in potestate* y la persona mayor de edad con discapacidad psíquica no incapacitada judicialmente, otorgando a ambos el mismo trato legal en cuanto a la obligación de alimentos derivada de un proceso matrimonial siempre y cuando se cumplan los dos requisitos que establece el Alto Tribunal: convivencia del hijo en el domicilio familiar y que el hijo carezca de recursos económicos (*vid.*, VIVAS TESÓN, I. (2014). La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales. *RCDI*, 745, septiembre, 2529).

<sup>3</sup> En palabras de mi Maestro, el Prof. LASARTE ÁLVAREZ, cuando dispone que esta discapacidad puede requerir la incapacitación, en sentido técnico, del sujeto afectado o, al revés, desaconsejarla y sustituirla, más bien, por otro tipo de medidas tuitivas de otra naturaleza. Por este motivo, persona con discapacidad y persona judicialmente incapacitada no tienen por qué coincidir necesariamente, dado que existen distintos grados de minusvalía que no darán lugar a la declaración judicial de incapacitación (*vid.* [2017]. *Principios de Derecho Civil*, vol. 1. *Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, Marcial Pons, 23.ª ed., 197).

<sup>4</sup> En relación con los organismos internacionales que se han preocupado del fenómeno de la discapacidad, hay que destacar la Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006, en particular; *vid.*, MORETÓN SANZ, M.ª F. (2007). Los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito europeo e internacional. (Nuevas perspectivas jurídicas en materia de no discriminación por razón de edad, discapacidad o dependencia). *Revista de Derecho de Familia de Costa Rica*, 2. Así como las anteriores iniciativas como la Declaración de Derechos del Deficiente Mental, de 20 de diciembre de 1971 y la Declaración de Derechos de los Minusválidos, de 9 de diciembre de 1975. En cuanto a la Unión Europea, diversas han sido las normas aprobadas referidas a la mejora de las condiciones de este colectivo. Así, a modo de ejemplo, las Directivas 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco

general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual; y la 2002/73/CE, para la igualdad entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Sobre el tratamiento de la discapacidad en la Unión Europea, *vid.*, MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> F. (2006) Apuntes sobre la Constitución Europea y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad. *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 247 a 272, y la bibliografía allí mencionada.

<sup>5</sup> En España, con anterioridad al año 2003 ya se habían dictado varias normas que protegían a este colectivo. En este sentido: la pionera *Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos*; la *Ley 15/1995, de 30 de mayo, de Límites de dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad*. En el año 2003 se dictaron, entre otras, la importante *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*, así como la *Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados*.

<sup>6</sup> *Vid.* PASTOR ÁLVAREZ, C. (2004). Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas. *Aranzadi Civil*, núm. 20.

<sup>7</sup> El Gobierno tenía que elaborar y aprobar antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se aclarasen y armonizarasen tres leyes importantes en materia de discapacidad: la *Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos*, la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* y la *Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*.

<sup>8</sup> *Vid.*, También el comentario realizado por ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, G. (2015). Reflexiones sobre el derecho de habitación de las personas con discapacidad desde la perspectiva del operador jurídico. *RCDI*, 751, septiembre, 2933-2948.

<sup>9</sup> En este sentido, *vid.*, por todos, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017). *Principios de Derecho Civil*, vol. VII, *Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 12.<sup>a</sup> ed., 135 y sigs., y la bibliografía allí mencionada.

<sup>10</sup> Podrán constituir el derecho de uso o habitación el propietario pero también todos los titulares de derechos de goce amplio constituidos sobre ellas como nos recuerda GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.<sup>a</sup> (2017). Determinación del derecho de habitación. *RCDI*, 763, 2648.

<sup>11</sup> Se trata de una cosa que está afecta a un derecho real limitado de uso o de habitación, disponiendo el testador *mortis causa* de la titularidad del bien, eso sí, con este derecho de habitación, debiendo ser respetado y mantenido por el legatario. Establece el artículo 868 del Código Civil: «Si la cosa legada estuviere sujeta a usufructo, uso o habitación, el legatario deberá respetar esos derechos hasta que legalmente se extingan».

<sup>12</sup> *Vid.* artículos 1406 y 1407 del Código Civil.

<sup>13</sup> *Vid.* Exposición de Motivos de la *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad* (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003).

<sup>14</sup> Artículo 821 del Código Civil, nueva redacción: «Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará esta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor; y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquel y estos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.— El legatario que tenga derecho a la legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere, el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.— Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados».

<sup>15</sup> Artículo 822 del Código Civil, redacción actual: «La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo con ella.— Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado».

que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.- El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.- Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación».

<sup>16</sup> En la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 11 de marzo de 2005, se recogió que el derecho de habitación establecido en la Ley 41/2003 sobre la vivienda habitual a favor del legitimario con discapacidad, al no encontrarse en vigor en el momento del fallecimiento de los padres de los litigantes, no podía ser de aplicación al supuesto de autos, ya que en otro caso se vulneraría el principio de irretroactividad de las normas jurídicas, recogido en los artículos 2.3 del Código Civil y 9.3 de la Constitución Española. La sucesión, en definitiva, se regirá por la normativa vigente en el momento del fallecimiento del causante, como lo declara el Código Civil en el artículo 9.8 en sede las normas de Derecho Internacional Privado.

<sup>17</sup> Seguimos en este punto la teoría generalizada de la doctrina, muy especialmente, *vid.* LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017). *Compendio de Derechos Reales. Derechos reales e hipotecario*, Marcial Pons, Madrid, 6.ª ed., 162, 352-326.

<sup>18</sup> Valora positivamente este derecho MINGORANCE GOSÁLVEZ, al entender que «se procura al hijo o descendiente con estas circunstancias un techo de por vida; al ser intransmisible este derecho los padres se aseguran plenamente que dicho derecho solo va a servir al fin para el que se constituyó; se soluciona con este derecho, al tener carácter vitalicio, la sucesión *mortis causa* de los bienes del discapacitado cuando no tuviera capacidad para hacer testamento, y por línea indirecta, se puede favorecer al discapacitado atribuyendo la propiedad de la vivienda habitual, caso de tener más bienes con que pagar la legítima a los otros legitimarios, a otro hijo con la condición de cuidar al discapacitado que además tendrá el derecho de habitación sobre las piezas que le sean necesarias de dicha vivienda» (MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. (2010). Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español. *RCDI*, 722, noviembre-diciembre, 2554).

<sup>19</sup> Para FLORES RODRÍGUEZ esta Ley presenta un doble objetivo. Por una parte, garantizar la permanencia del descendiente con discapacidad en la vivienda donde habitaba anteriormente con sus progenitores, de ahí su intransmisibilidad, y por otra, que esta garantía sea lo menos gravosa posible, al no entrar en el cómputo de las legítimas (*vid.* [2005]. «El nuevo artículo 822 del Código Civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado». *RJN*, abril-junio, pp. 43 y 44). Sobre este derecho de habitación, *vid.*, también, RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2005). «El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta». *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, González Porras y Méndez González (Coords.), Bosch, 4017-4032.

<sup>20</sup> ROBLES REYES considera que la inexistencia de grandes fortunas, como sucedía en Roma, ha supuesto una disminución del número de legados de habitación a sirvientes y amigos, aunque sí se ha incrementado la concesión a personas que por su edad o enfermedad, se desea que sigan residiendo en la morada familiar eso sí, sin derecho de propiedad, para que mantengan un mínimo de calidad de vida y estén bajo la vigilancia familiar [*vid.* (2001). Derechos de uso y habitación. Diferencias y evolución. *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano, Los Derechos reales*, Torrent Ruiz, A. (Coord.), Edisofer, Madrid, 737].

<sup>21</sup> El reconocimiento del grado de discapacidad se regula en el RD 1856/2009, 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad y por el que se modifica el RD 1971/1999, de 23 de diciembre. Introduce CIF (Clasificación Internacional de funcionamiento, de la discapacidad y de la salud). Las CCAA con competencias transferidas, serán los órganos técnicos competentes; mientras que aquellas CCAA sin competencias transferidas, lo tramitará el IMSERSO. El recurso judicial de la resolución administrativa se presentará ante el orden social.

<sup>22</sup> Para PEREÑA VICENTE según esta Ley 41/2003 pueden darse distintas situaciones en cuanto a las personas afectadas por la regulación legal. Así, a) que sea una persona



incapacitada judicialmente, y en la que además concurra el grado de discapacidad exigido por la Ley; b) que sea una persona incapacitada judicialmente en la que no concurra el grado de discapacidad exigido por la Ley, dado que la deficiencia no llegue al porcentaje requerido legalmente, pero que le impida gobernarse por sí misma (que es lo que exige el artículo 200 del Código Civil para que tenga lugar la incapacitación judicial); y c) que sea una persona no incapacitada judicialmente en la que concurra el grado de discapacidad exigido por la norma, pudiendo sufrir o no la persona una de las causas de incapacitación del artículo 200 del Código Civil. En el primer y tercer supuesto podría ser una de las personas con discapacidad beneficiadas por esta Ley, mientras que en el segundo, se trataría de un incapacitado pero no un discapacitado destinatario de esta norma 41/2003 (*vid.* [2004]). El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado. *AC*, 2004/2, 1761).

<sup>23</sup> A diferencia del derecho de uso que permite al usuario percibir los frutos de la cosa ajena que le basten para cubrir sus necesidades y de su familia, como dispone el primer apartado del artículo 524 del Código Civil.

<sup>24</sup> En sentencias como la Audiencia de Barcelona del 17 de septiembre de 2003, se estableció el alcance del derecho de habitación para el caso de que la vivienda no fuera susceptible por sus características o distribución de división y de aprovechamiento independiente, por disponer únicamente de una cocina, de un baño y de un salón, y concretamente la extensión de las «piezas necesarias», «las restantes, que no son precisas para cubrir las necesidades primarias, no tengan que ser ocupadas por el habitacionista, de todo lo cual se deriva que estas últimas sí puedan serlo por quien es su propietario, que es el que, en su caso, tiene la propiedad y disposición de las mismas... Por tanto, y si ese derecho puede alcanzar a algunas dependencias y el propietario puede utilizar las restantes, tenemos que concluir que la utilización exclusiva y excluyente alcanza a aquellas que cubran las necesidades del habitacionista y sean susceptibles de uso independiente y privativo, produciéndose con respecto a las demás que también sean necesarias, como el baño y la cocina, una utilización común o compartida».

<sup>25</sup> *Vid.* artículo 524 del Código Civil.

<sup>26</sup> El derecho de usufructo se encuentra regulado de una manera detallada en los artículos 467 a 522 del Código Civil. La regulación contenida para el usufructo será de aplicación subsidiaria a los derechos de uso y habitación, en cuanto no afecte a la sustancia de estos derechos.

<sup>27</sup> Artículo 2.2 LH: «En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán... 2.º. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales...».

<sup>28</sup> A diferencia de lo que sucede en Cataluña, anteriormente ya en su derogada *Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de Regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación*, donde no se prohibía expresamente (el art. 36 en su primer apartado señalaba que el usuario o el habitacionista no podían alinear su derecho, para a continuación recoger en su segundo apartado que a pesar de lo dicho en el anterior apartado, podían consentir el establecimiento de una hipoteca sobre el bien de que se trate, suponiendo la ejecución de la hipoteca, la extinción del derecho). En la actualidad, la vigente *Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales*, recoge en su artículo 562-4; Indisponibilidad del derecho: «1. Los usuarios y los que tienen derecho de habitación solo pueden gravar o enajenar su derecho si lo consienten los propietarios.- 2. La ejecución de una hipoteca sobre el bien comporta la extinción de los derechos de uso y habitación si sus titulares consintieron su constitución, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 83 del Código de familia en materia de uso de vivienda familiar». Igualmente, se permite en la *Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, (Ley Foral 424: «a) Habitación. A no ser que el título hubiese limitado el derecho de habitación, se presumirá que este concede a su titular la facultad de ocupar la vivienda total y exclusivamente, para sí y los que con él convivan, así como de arrendar la vivienda total o parcialmente, y el arrendamiento cesará al extinguirse el derecho de habitación, sin prórroga alguna»).

<sup>29</sup> Aquí hay que hacer una salvedad y una aclaración en el sentido de que si se constituyera como transmisible el derecho de habitación se regirá por el sistema ordinario, y

por tanto, computará su valor para el cálculo de las legítimas; si fuera una donación, se imputará a la legítima del donatario; mientras que si se trata de un legado, podrá reducirse en caso de ser excesivo.

<sup>30</sup> En el artículo 513 de nuestro Código Civil se señala que el usufructo se extingue: «1.º Por muerte del usufructuario.- 2.º Por expirar el plazo por que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo.- 3.º Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona.- 4.º Por la renuncia del usufructuario.- 5.º Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo.- 6.º Por la resolución del derecho del constituyente.- 7.º Por prescripción». En la derogada *Ley 13/2000*, de la Comunidad Autónoma de Cataluña (arts. 34 y 35) expresamente se mencionaba que si no se especificaba la duración de los derechos de uso o habitación se presumían vitalicios. Igualmente se podían constituir a favor de diversas personas, de manera simultánea o sucesiva (en este caso únicamente podrían ser personas que vivieran al tiempo de la constitución del derecho). Extinguiéndose el derecho al fallecer el último titular. Actualmente, en su *Ley 5/2006*, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, establece en su artículo 562-5-Extinción: «Los derechos de uso y habitación se extinguen por resolución judicial en caso de ejercicio gravemente contrario a la naturaleza del bien, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 561-8.1». (Dispone el artículo 561-8. Daños a los bienes usufructuados. «1. Los usufructuarios que deterioran los bienes usufructuados responden de los daños causados ante los nudos propietarios, que pueden solicitar a la autoridad judicial que adopte las medidas necesarias para preservar los bienes, incluida su administración judicial»).

<sup>31</sup> En Cataluña se establecía expresamente en el artículo 46 de la derogada *Ley 13/2000*, de 20 de noviembre, que los gastos derivados de la vivienda, siempre que el habitacionista haga un uso normal de esta, serán a cargo del propietario. El habitacionista está expresamente relevado de ellos. A no ser que sean gastos individualizables y provengan de servicios que haya instalado el habitacionista. Actualmente, recoge su *Ley 5/2006*, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, en su artículo 562-11. Gastos. «Corren a cargo del que tienen derecho de habitación los gastos de la vivienda que sean individualizables y que deriven de la utilización que hace de la misma, así como los gastos correspondientes a los servicios que haya instalado o contratado».

<sup>32</sup> La posibilidad de convivencia no contradice o desnaturaliza este derecho de habitación. En Cataluña se estableció en su derogada *Ley 13/2000*, de 20 de noviembre, artículo 45, que ambos, habitacionista y propietario debían ejercer su derecho con corrección para facilitar la relación normal entre ellos y las personas que convivan con ellos. Se introdujo, pues, un deber recíproco para ambos de ocupar la vivienda sin detrimento para la pacífica convivencia en la casa (*vid.* VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2002). El derecho real de habitación en la *Ley 13/2000*, de 20 de noviembre, del Parlamento de Cataluña sobre la regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación. *La Notaría*, julio-agosto, núms. 7-8, t. 1, 32).

<sup>33</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J. (2006). Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario. *RCDI*, año 82, núm. 693, 125.

<sup>34</sup> Artículo 793 del Código Civil: «La condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de este.- Podrá, sin embargo, legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo».

<sup>35</sup> Así lo considera RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (2004). La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad. *AC*, núm. 4, 2.ª quincena de febrero.

<sup>36</sup> En cuanto a los bienes colacionables, dispone el artículo 1035 del Código Civil, que «el heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de este, por dote, donación, u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición».

<sup>37</sup> Ejemplo: Donación a un donatario con o sin discapacidad y legitimario del donante: interesa que tenga discapacidad en el momento del fallecimiento del causante para poder

beneficiarse del contenido del 822 del Código Civil. De lo contrario, si al realizar la donación el donatario era un legitimario con discapacidad pero al fallecer el donante no la tenía, la donación quedará sometida al régimen general y no al especial y beneficioso del 822 del Código Civil. Por lo que si no se aplica el régimen especial del 822 del Código Civil, la donación o el legado de un derecho de habitación que se constituya en favor de cualquier legitimario o de un tercero se aplicará el principio de intangibilidad de la legítima por lo que se imputará la donación a la legítima del donatario; siendo posible la reducción del legado en caso de ser excesivo.

<sup>38</sup> LASARTE ÁLVAREZ además de resaltar su carácter contractual, establece que los efectos reales de la donación se producen desde el momento de la perfección (con la aceptación del donatario) (*vid.* [2017]. *Principios de Derecho Civil*, vol. 3, *Contratos*, Madrid, Marcial Pons, 19.<sup>a</sup> ed., 175).

<sup>39</sup> *Vid.* artículos 624 y 625 del Código Civil. En el supuesto de que el donatario sea un menor o estuviera incapacitado, y en la sentencia de incapacitación se declarara que no puede aceptar donaciones, en estos casos, la aceptación de las donaciones la realizarán sus representantes legales (padres o tutores).

<sup>40</sup> *Vid.* FLORES RODRÍGUEZ, J. (2005). El nuevo artículo 822..., *RJN*, abril-junio, 51.

<sup>41</sup> Dar una definición exacta y completa de legado es una tarea de lo más difícil, dada las múltiples formas o variedades en que puede hacerse un legado. De ahí que se haya dicho que es una sucesión a título particular (aunque el legatario no tiene la cualidad de heredero o sucesor, porque sucede a título singular, sin tener los efectos de la institución de heredero), por otra parte, también se ha dicho que vistos otros tipos de legados, el legatario es una persona favorecida por una disposición particular, en bienes del testador, sin tener la cualidad de heredero. Sin embargo, esta definición también chocaría con otros tipos de legados en los que no se produce un verdadero enriquecimiento económico, por tener más bien el legado un valor afectivo, pudiéndosele someter a una carga que cubra la totalidad del beneficio (así lo permitiría el artículo 858 del Código Civil). Nosotros seguimos la definición proporcionada por el Prof. LASARTE ÁLVAREZ, que ante la dificultad de dar un concepto unitario, ha señalado que el legado consiste «en una atribución jurídico-patrimonial que el causante, de forma directa y singular, realiza en el testamento en favor de cualquier persona» ([2017]. *Principios de Derecho Civil*, vol. 7, *Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 12.<sup>a</sup> ed., 125).

<sup>42</sup> Artículos 744 y sigs. del Código Civil, en especial, todos tendrán capacidad para suceder salvo los incapacitados por la ley. Se atenderá al momento del fallecimiento del causante para establecer la capacidad del legatario. Así no podrán disponer en beneficio de: Notario autorizante del testamento; sacerdote que le confesó en última enfermedad; tutor o curador del testador (salvo cuentas aprobadas, y extinción cargo tutelar); son incapaces por causa de indignidad: padres que abandonan, prostituyen..., el condenado por atentar contra la vida del testador o su familia, el que le acusó de delito; heredero que conoció muerte violenta del testador; el que ejerció violencia, amenazas para hacer testamento.

<sup>43</sup> Artículo 890.2 del Código Civil: «El heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar este y aceptar aquella». Igualmente, en el artículo 821 se establece la posibilidad del prelegado al establecer: «El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponde por legítima».

<sup>44</sup> *Vid.* FLORES RODRÍGUEZ, J. (2005). El nuevo artículo 822..., *RJN*, abril-junio, 67.

<sup>45</sup> NOGUERA NEBOT considera que el supuesto previsto en el artículo 822.1 es una excepción al principio de que el legatario debe pedir la posesión al heredero o albacea ([2006]. El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil. *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 484).

<sup>46</sup> Artículo 1380 del Código Civil: «La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento».

## Condición legal de consumidor: contratos de doble finalidad y garantías accesorias

### *Legal condition of consumer: contracts of double purpose and accessory guarantees*

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO  
*Profesora Adjunta de Derecho civil. Doctora en Derecho  
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*

**RESUMEN:** En este trabajo se analiza la evolución del concepto de consumidor en la normativa y jurisprudencia española y comunitaria europea. Se presta especial atención a los supuestos controvertidos de los contratos de doble finalidad y la situación de los garantes fiadores e hipotecantes no deudores. Tras este análisis se observa la tendencia a acudir a un criterio funcional en la valoración de la concurrencia o no de la condición de consumidor en un sujeto.

**ABSTRACT:** *This paper analyzes the evolution of the concept of consumer in European and Spanish legislation and jurisprudence. Special attention is paid to the controversial cases of dual-purpose contracts and the situation of non-debtor guarantors and mortgaging guarantors. After this analysis, we observe the tendency to resort to a functional criterion in the assessment of the concurrence or not of the condition of consumer.*

**PALABRAS CLAVE:** Préstamo. Consumidor. Contratos de doble finalidad. Garantías accesorias. Predominio. Marginalidad. Vínculo funcional.

**KEY WORDS:** *Loan. Consumer. Dual-purpose contracts. Accessory guarantees. Predominance. Marginality. Functional link.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. CONCEPTO DE CONSUMIDOR.—III. CONTRATOS DE DOBLE FINALIDAD O «MIXTOS»: EL CRITERIO DEL FIN PREDOMINANTE O MARGINAL.—IV. POSICIÓN DE LOS GARANTES PERSONALES E HIPOTECARIOS: EL CRITERIO DE LA VINCULACIÓN FUNCIONAL.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

#### I. PLANTEAMIENTO

En los últimos años, y especialmente en el marco de las resoluciones sobre cláusulas abusivas y los controles de incorporación, contenido y transparencia

aplicables según construcción jurisprudencial, nuestros tribunales han tenido que dar respuesta también a una premisa previa y necesaria para la resolución de los litigios de una u otra forma: ¿tiene la parte (en la mayoría de los casos es la demandante) la condición legal de consumidor? Si la tiene, entonces se le podrán aplicar las reglas tuitivas propias de estos sujetos, fundamentalmente 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 (en adelante TRLCU) y la aplicación del control de transparencia acuñado por el Tribunal Supremo, con la posible apreciación de la cláusula como abusiva; pero si se considera que en el conflicto ninguna de las partes es consumidor, entonces las reglas de aplicación serán distintas y no son tan proteccionistas como con los consumidores.

Entre los distintos supuestos que han sido controvertidos en relación a la determinación de la condición legal de consumidor cabe destacar los casos de: a) los contratos de doble finalidad, es decir, aquellos en los que el préstamo en el que se incluía la alegada cláusula abusiva se destinaba no solo a fines personales sino también a fines profesionales, empresariales o comerciales; y b) la situación de los avalistas e hipotecantes personas físicas garantes del préstamo, especialmente cuando el deudor principal de ese préstamo no tiene la condición de consumidor y ese préstamo tenía la finalidad de atender necesidades empresariales o profesionales.

Sobre estos supuestos el Tribunal Supremo ha fijado ya una doctrina concreta, así como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). Sobre esa doctrina versa este trabajo, con el fin de aclarar la situación existente en relación con estos casos controvertidos de cara a la determinación de la condición de consumidor.

## II. CONCEPTO DE CONSUMIDOR

El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico español ha ido evolucionando con el tiempo. Pero es que además nos encontramos en general con que cada Ley que en alguna medida tiene como destinatario a los consumidores acoge un precepto concreto que viene a definir lo que, a efectos de esa Ley, es consumidor; en muchos casos esa noción se asemeja mucho a la prevista en la norma general tuitiva de los consumidores (el TRLCU), o bien se remite a ella, o incorpora pequeños matices.

En el artículo 1 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984 el concepto de consumidor venía vinculado al de destinatario final, sea persona física o jurídica; no considerándose consumidores o usuarios «quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

Con el TRLCU el ordenamiento jurídico español trató de acomodarse más al criterio acogido en el seno del Derecho comunitario y sus Directivas (que se transponían en las leyes que se refundieron en este texto refundido<sup>1</sup>), de modo que en su artículo 3 vinculó la noción de consumidor al ámbito en el que actuaba el sujeto: «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Posteriormente con la reforma del TRLCU por Ley 3/2014, de 27 de marzo, este artículo 3 se modificó ampliándose el ámbito subjetivo a personas jurídicas o entes sin

personalidad que actúen sin ánimo de lucro, aunque manteniendo el criterio de atención al ámbito de actuación en el que actúen: «...son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

En el ámbito del Derecho comunitario el concepto de consumidor no se extiende a las personas jurídicas. En las Directivas comunitarias ese concepto recae solo en personas físicas, pero dado su carácter de mínimos no existe ninguna vulneración por parte del Derecho español al ampliar el ámbito subjetivo de protección a las personas jurídicas.

Sí que comparten el Derecho español y el comunitario el criterio de delimitación negativo de atender al hecho de que esa persona no actúe dentro del ámbito de una actividad empresarial, comercial o profesional<sup>2</sup>.

Pero dentro de este criterio, el TJUE en su sentencia de 3 de septiembre de 2015 (asunto *Costea*, C-110/14) fue más allá y diferenció claramente entre la calificación como profesional del prestatario y el efectivo ámbito de actuación del prestatario en ese concreto contrato. De este modo concluyó que la noción de consumidor debe atender a criterios objetivos y al concreto contrato respecto del que se valore la concurrencia de esta condición.

Así, recuerda el TJUE en esta sentencia de 3 de septiembre de 2015 que una misma persona puede actuar en ciertas operaciones como consumidor y en otras como profesional. Asimismo, incide en el hecho de que la Directiva 93/13/CEE define los contratos a los que se aplica por referencia a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional (sentencias *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, apartado 30, y *Šiba*, C-537/13, apartado 21) y que tal criterio responde a la idea que sustenta el sistema de protección establecido por dicha Directiva, a saber, que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas (sentencias *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, apartado 31, y *Šiba*, C-537/13, apartado 22). Y a este respecto, advierte que el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información de que dicha persona realmente disponga.

Insiste el TJUE en que a la hora de determinar la condición o no de consumidor en el sentido previsto en la Directiva 93/13/CEE, el juez nacional debe valorar el conjunto de todas las pruebas y los concretos términos del contrato y atender a todas las circunstancias concurrentes en el caso «susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato considerado y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio».

Por tanto, concluye el TJUE en esta sentencia de 3 de septiembre de 2015 que un abogado puede calificarse de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE, cuando actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional (véase, por analogía, la sentencia *Di Pinto*, C-361/89, apartado 15), pues con respecto a él también puede apreciarse esa situación de inferioridad respecto al profesional con el que contrata y que, como se ha indicado antes, es el criterio que fundamenta esa protección prevista en la Directiva 93/13/CEE.

En definitiva, la noción de consumidor vendría marcada por su carácter funcional y objetivo, con respecto al caso y contrato concretos y atendiendo al fin con el que se actúa, sin que los conocimientos técnicos específicos que tenga ese sujeto por razón de su profesión sean determinantes del reconocimiento o no de la condición de consumidor.

Trasladada esta conclusión a nuestro ordenamiento jurídico y a lo previsto en el artículo 3 TRLCU, vendría a concretarse en que la redacción del artículo 3 TRLCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente: así lo advierte el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de enero de 2017.

Esta última STS citada de 16 de enero de 2017 (de Pleno) aborda asimismo otra cuestión relevante en relación con la noción de consumidor recogida en ese artículo 3 TRLCU: el ánimo de lucro. El Tribunal Supremo en esta Sentencia se pregunta si es posible acoger un concepto de consumidor en relación a una actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que se realice con ánimo de lucro; y a este respecto advierte de que el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física. Para tal conclusión se apoya en jurisprudencia comunitaria que ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor (así, STJCE de 10 de abril de 2008, asunto *Hamilton*, y STJCE de 25 de octubre de 2005, asunto *Schulte*); pero también en el artículo 3 TRLCU. Además de resaltar lo indicado sobre que este precepto se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente, advierte de que el tenor literal de esta norma (tras la reforma de la Ley 3/2014) se refiere al ánimo de lucro como circunstancia excluyente de la condición de consumidor solo para el caso de las personas jurídicas, pero no de las personas físicas. Por ello, el Tribunal Supremo concluye que cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

Ahora bien, tras concluir esto, también hace el Tribunal Supremo una advertencia: la conclusión y apreciación como consumidor de esa persona física pese a concurrir en ella ánimo de lucro será así siempre con referencia a una operación concreta, pues si se realiza esa actividad de modo regular y habitual en un periodo corto de tiempo, entonces ya podría considerarse que está realizando una actividad empresarial o profesional (así, el artículo 1 CCom se refiere a esta característica de habitualidad para configurar la cualidad de empresario). El problema es concretar cuándo se considerará que concurre esa habitualidad, qué periodo de tiempo se considera suficiente a este respecto para entender que esa actuación reiterada con ánimo de lucro excluye ya la condición de consumidor: el Tribunal Supremo no lo concreta de modo que por ahora y hasta que no se sienta o consolide un criterio específico, queda a la valoración del juez del caso concreto esa apreciación.

### III. CONTRATOS DE DOBLE FINALIDAD O «MIXTOS»: EL CRITERIO DEL FIN PREDOMINANTE O MARGINAL

Los supuestos de contratos de préstamo celebrados por una persona destinando el mismo a fines mixtos (es decir, a adquirir un bien o bienes para

satisfacer necesidades tanto personales como profesionales o empresariales) y la consideración de ese sujeto como consumidor o no ha sido una cuestión durante mucho tiempo controvertida.

El TRLCU no prevé este supuesto, como tampoco lo preveía la LGDCU de 1984, de modo que ha sido la doctrina y la jurisprudencia las que han ido aportando posibles soluciones: i) considerarlo en todo caso como consumidor; ii) nunca considerarlo como consumidor; iii) una opción intermedia de que será consumidor si el uso predominante es de consumo o como destinatario final para satisfacer necesidades ajenas a la actividad empresarial o profesional; iv) en relación con la anterior, la solución de considerar como consumidor a esa persona solo si el fin profesional o empresarial es marginal (no solo no predominante) con respecto al uso personal.

Y es precisamente esa solución de atender al criterio del fin predominante la que ha sido acogida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de abril de 2017, aunque con unas alusiones al criterio de la marginalidad que hacen en cierto modo criticable por ambigüedad el fundamento de esta resolución.

El punto de partida de la fundamentación del Tribunal Supremo es esa ausencia de regulación expresa de esta situación en el ordenamiento jurídico español. Como consecuencia atiende al ordenamiento comunitario europeo, y en este ámbito, concretamente a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores que modificó la Directiva 93/13/CEE y que en su Considerando 17 alude a estos contratos de doble finalidad: «La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor».

Como puede observarse, en esta Directiva se atiende a un criterio de predominio del fin personal o profesional dentro del contexto general del contrato para calificar o no a esa persona como consumidor. Criterio que se repite en el Considerando 12 de 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.

Asimismo, junto con esta Directiva cabe tener en cuenta la postura del TJUE sobre esta cuestión.

En un primer momento en la STJCE de 20 de enero de 2005 (asunto *Gruber*, C-464/01) se entendió que cabía considerar consumidor a esa persona que celebra un contrato con doble finalidad si el destino comercial es marginal en relación al destino personal; si el uso profesional es marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional. En este caso, cabe afirmar que la postura del TJCE fue muy restrictiva: no es que simplemente predomine el carácter personal o privado del uso o finalidad pretendida con el contrato, sino que el aspecto profesional debe ser insignificante e irrelevante en comparación con aquel (marginal). Cierto es que en ningún momento se establecen porcentajes de predominio, pero al menos cabe afirmar que cuando hablamos de «marginal» o «insignificante» quiere decirse que se trata de un fin con un peso mínimo, muy pequeño, en el marco del contrato u operación realizada.



Por su parte, cabe recordar también al hilo de esta cuestión que en la ya mencionada STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto *Costea*) se advertía de que el fin de la normativa tuitiva comunitaria encabezada por la Directiva 93/13/UE es proteger de las situaciones de inferioridad de una persona que no actúa en el ámbito de una actividad empresarial frente al profesional con el que contrata. Y a estos efectos, el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato considerado y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio.

Posteriormente el TJUE en auto de 19 de noviembre de 2015 (asunto *Tarcău*, C-74/15) advirtió del carácter objetivo y funcional del concepto de consumidor, debiendo evaluarse si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión, correspondiendo al juez nacional verificar la concurrencia o no de esa cualidad de consumidor; teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y el conjunto de las pruebas.

Con todo ello, el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de abril de 2017 concluye que para determinar si una persona puede ser considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y del TRLCU, en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato —más allá de un criterio puramente cuantitativo— y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De modo que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba.

Con el criterio del predominio podemos hablar de una solución de mayoría simple (si el uso personal supera al profesional, ya es predominante ese uso personal, y por lo tanto cabe considerarlo como consumidor); pero que un uso sea predominante no implica automáticamente que el otro uso sea marginal; si el uso profesional es de un 25-40% no podemos decir que sea el predominante, pero tampoco podemos afirmar que sea marginal.

El Tribunal Supremo en esta sentencia de 5 de abril de 2017 consideró acreditado que «el destino profesional del préstamo no fue marginal o residual, sino que fue preponderante», de ahí que no considere que concurra la condición de consumidor en el prestatario. En la fundamentación como hemos visto mezcla en cierta medida ambos criterios de predominio y marginalidad, sin dejar bien claro cuál es el asumido y sin distinguir los matices de ambos. Parte de la STJCE de 20 de enero de 2005 que acoge el criterio de marginalidad, y a ese carácter residual alude en el fundamento jurídico quinto de aplicación de la teoría o doctrina general al caso concreto; pero en la conclusión del fundamento jurídico cuarto (apartado 3) alude reiteradamente al predominio como criterio a tener en cuenta.

Cierto es que para el resultado final del caso no tiene ninguna incidencia uno u otro criterio: si el fin profesional es predominante, quiere decir que no es marginal, por lo que el carácter de consumidor quedaba rechazado de cualquier modo. Pero con esta ambigüedad en cuanto a acoger el criterio de predominio o

el de marginalidad en estos casos de contratos de doble finalidad, queda la duda de si en el supuesto de que el fin predominante sea el privativo o personal, ¿en qué grado debería concurrir el fin profesional para no excluir la condición de consumidor del prestatario?: ¿un peso insignificante irrelevante o marginal? ¿o cualquiera siempre que se mantenga el predominio del fin personal?

A la vista de la fundamentación de esta STS de 5 de abril de 2017 considero que cabría entender que la intención del Tribunal Supremo es la de acoger esa primera opción, y que se tratase de un fin profesional residual o marginal para poder hablar de consumidor en estos casos de contratos mixtos. Aunque eso supone una postura restrictiva en el ámbito de la protección del consumidor y de la determinación de su ámbito subjetivo.

#### IV. POSICIÓN DE LOS GARANTES PERSONALES E HIPOTECARIOS: EL CRITERIO DE LA VINCULACIÓN FUNCIONAL

Por último, cabe hacer referencia a otro supuesto controvertido en el marco de la determinación de la condición legal de consumidor: ¿cuál es la situación del fiador e hipotecante no deudor persona física respecto del préstamo o crédito garantizado con esa garantía accesorio? ¿Puede ser considerado consumidor aunque el deudor principal del crédito garantizado no lo sea?

Para resolver esta cuestión debe partirse de una premisa que ya se ha indicado anteriormente en este trabajo y que se ha consolidado como doctrina del Tribunal Supremo en relación con el concepto de consumidor: para la determinación de la condición de consumidor se debe atender no a la personalidad del prestatario o contratante sino al ámbito objetivo de la operación (que no sea un ámbito profesional o empresarial, o al menos que no sea predominante o sea marginal). Así, este es el criterio acogido en las SSTS de 10 de marzo de 2014, de 7 de abril de 2014, de 15 de diciembre de 2015, de 3 de junio de 2016, de 16 de enero de 2017, de 5 de abril de 2017, de 7 de noviembre de 2017, y en la STJCE de 20 de enero de 2005, STJUE de 3 de septiembre de 2015, ATJUE de 19 de noviembre de 2015 y ATJUE de 14 de septiembre de 2016.

Tradicionalmente y en virtud del carácter accesorio de la fianza y de la hipoteca, se ha venido entendiendo que el garante fiador o hipotecante no deudor asumía en todo caso la misma condición que el deudor principal: de modo que si este no tenía la condición de consumidor el garante tampoco (así, entre otras, la SAP Pontevedra de 1 de septiembre de 2015, el AAP Valencia de 16 de septiembre de 2015, el AAP Tarragona de 2 de noviembre de 2015, la SAP Madrid de 6 de octubre de 2015, el AAP Las Palmas de 22 de enero de 2016, el AAP Madrid de 12 de febrero de 2016, el AAP Córdoba de 17 de febrero de 2016 y el AAP Barcelona de 25 de febrero de 2016). Pero a raíz de la doctrina del TJUE esta apreciación está cambiando.

En la ya citada STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto *Costea*, C-110/14) se vino a diferenciar entre contrato principal y contrato accesorio, afirmando que «en un asunto como el litigio principal, la calificación del abogado, como consumidor o como profesional, en el marco de su compromiso como garante hipotecario no puede determinar su condición en el contrato principal de crédito». Considera el TJUE que el hecho de que el propio deudor principal hipotecase como representante de un bufete de abogados bienes dedicados a su profesión, no es relevante de cara a la calificación como consumidor o no de ese abogado en el marco del contrato principal. Viene pues a escindir los planos de contrato

principal y contrato accesorio de cara a la valoración y determinación de la condición de consumidor de, respectivamente, el deudor principal y del garante.

Posteriormente, el ATJUE de 19 de noviembre de 2015, asunto *Tarcău*, C-74/15 (cuya doctrina ha sido posteriormente reiterada por el ATJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto *Dumitras*, C-534/15) advierte que, a pesar del carácter accesorio del contrato de garantía, desde el punto de vista de las partes contratantes se presentan como contratos distintos, y por ello la determinación de la calidad con la que cada parte actúa debe evaluarse en atención al concreto contrato del que son parte<sup>3</sup>. Señala que «en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado».

En estos Autos se configura así pues el criterio de la vinculación funcional del garante a la profesión o actividad empresarial del deudor principal como elemento que, de concurrir, determinaría la exclusión de la condición de consumidor del garante. Si no hay vínculo funcional con la actividad profesional del deudor, y los propios garantes (fiador o hipotecante no deudor) no actúan dentro del ámbito de su actividad profesional, la Directiva 93/13/CEE y las normas tuitivas de los consumidores serían aplicables también a los garantes<sup>4</sup>. La apreciación o no de la existencia de ese vínculo funcional será objeto de valoración por el juez nacional.

Esta doctrina del TJUE ha sido acogida por nuestros tribunales (cabe citar entre otros, el AAP de Girona de 2 de marzo de 2016, el AAP de Pontevedra de 6 de abril de 2016, la SAP de Baleares de 27 de diciembre de 2017 y la SAP de Pontevedra de 8 de enero de 2018). Tal y como se señala en estas resoluciones, acogiéndose este criterio de vinculación funcional del garante, el garante hipotecario o avalista ostentaría la condición de consumidor en un contrato de garantía respecto de un préstamo concedido a un no consumidor si no participa en el normal desarrollo de la actividad profesional o empresarial del obligado principal. Y, como consecuencia, en los procesos dirigidos contra ellos podrán alegar y oponer la existencia de cláusulas abusivas, aunque no lo pueda alegar el deudor principal por no ser consumidor. Se abre así una vía de acción u oposición para los numerosos familiares fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores de empresarios, autónomos, pymes y sociedades mercantiles que han servido de apoyo y condición para que estos pudieran obtener un crédito para destinarlo a la actividad empresarial o profesional. Ahora también pueden ser considerados consumidores y ser protegidos conforme a esa cualidad.

Este criterio de la vinculación funcional se reitera asimismo en otro caso, diferente del anterior pero con algunos matices de similitud. Es el supuesto objeto de la STS de 7 de noviembre de 2017, en el que se analizó la condición de consumidores de los dos cónyuges prestatarios, cuando el préstamo se celebró para refundir distintas deudas del marido adquiridas por razón de su actividad empresarial y así unificar las deudas en una única. El marido era empresario y adquirió el préstamo en el ámbito de su actividad empresarial, como fiador de una sociedad mercantil, por lo que se le denegó la condición de consumidor. Pero es en relación a la esposa que se planteó su posible consideración como consumidor en cuanto que no era quien desarrollaba esa actividad profesional y empresarial en la que surgieron esas deudas que se refinanciaron con este préstamo. El Tribunal Supremo entiende que aquí también debía valorarse si existía o no una vinculación funcional de la esposa con esa operación empresarial que

determinó la celebración de ese préstamo; y concluye que sí la hay por cuanto la esposa no era ajena a las deudas refinanciadas pues debía responder también de las mismas en virtud de lo previsto en los artículos 6 y 7 CCom y 1365.2 del Código Civil (normas que establecen el sistema de responsabilidad para los casos en que uno de los cónyuges ejerza el comercio).

## V. CONCLUSIONES

I. El concepto de consumidor ha ido evolucionando tanto en la normativa nacional española y comunitaria europea como en la interpretación dada por la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo. De un concepto restrictivo como destinatario final se ha avanzado hasta un concepto más objetivo y funcional en el que se presta atención al ámbito en que se actúa, debiendo ser un ámbito ajeno a una actividad empresarial, profesional o comercial.

II. Pero también sobre esto último se han introducido ciertos matices o flexibilizaciones. Así, nada obsta a que se considere consumidor a una persona física que actúe con ánimo de lucro (aunque sin ser una actuación habitual) o un profesional que actúe en un ámbito ajeno a su concreta profesión (una misma persona puede actuar en ciertas operaciones como consumidor y en otras como profesional).

III. Asimismo, se han introducido diversos criterios interpretativos de cara a la valoración de las circunstancias por el juez en orden a determinar si un sujeto tiene la condición legal de consumidor:

i) Debe aplicarse un criterio funcional a la hora de apreciar la concurrencia del concepto objetivo de consumidor, de modo que se debe evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión. Y para ello el juez debe atender al conjunto de las circunstancias concurrentes en el caso y a todas las pruebas practicadas en este contexto.

ii) En el marco de los contratos de doble finalidad, para uso o satisfacción de intereses tanto personales como profesionales, se debe atender a cuál de las finalidades es preponderante, calificándose como consumidor solo cuando el interés profesional no es preponderante e, incluso, pueda considerarse como marginal, insignificante o residual.

iii) Con respecto a los fiadores e hipotecantes no deudores en préstamos a empresarios, ya no se entiende que automáticamente asumen la condición del deudor principal (consumidor o empresario), sino que se parte de la idea de que son contratos distintos y, pese a la accesoriedad que les caracteriza, la valoración de la condición de consumidor debe atender a las concretas partes de cada contrato, por lo que pese a que el deudor no sea consumidor, el garante puede ser considerado como tal, siempre que él mismo no actúe dentro del ámbito de su actividad empresarial o profesional y que no tenga vinculación funcional con la actividad profesional del deudor principal, que fundamentó la concesión del crédito garantizado.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- ATJUE de 19 de noviembre de 2015.
- STJCE de 20 de enero de 2005.
- STJUE de 3 de septiembre de 2015.
- ATJUE de 14 de septiembre de 2016.

- STS de 10 de marzo de 2014.
- STS de 7 de abril de 2014.
- STS de 15 de diciembre de 2015.
- STS de 3 de junio de 2016.
- STS de 16 de enero de 2017.
- STS de 5 de abril de 2017.
- STS de 7 de noviembre de 2017.
- SAP Pontevedra de 1 de septiembre de 2015.
- AAP Valencia de 16 de septiembre de 2015.
- SAP Madrid de 6 de octubre de 2015.
- AAP Tarragona de 2 de noviembre de 2015.
- AAP Las Palmas de 22 de enero de 2016.
- AAP Madrid de 12 de febrero de 2016.
- AAP Córdoba de 17 de febrero de 2016.
- AAP Barcelona de 25 de febrero de 2016.
- AAP Girona de 2 de marzo de 2016.
- AAP Pontevedra de 6 de abril de 2016.
- SAP Baleares de 27 de diciembre de 2017.
- SAP Pontevedra de 8 de enero de 2018.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO APARICIO, A. (2016). Abogado considerado como «consumidor»: STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C110/14. *Revista de Derecho UNED*, núm. 19, 71-85.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos no resueltos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, vol. 3, núm. 1, 84-117.
- GÓNZALEZ CASSO, J. (2016). El concepto de consumidor a la vista de la más reciente doctrina del TJUE. Consumidor vs. empresario. *Boletín Digital AJFV. Derecho de la Unión*, julio.
- LYCZKOWSKA, K. (2016). ¿Es consumidor una persona física que otorga una garantía a favor de una sociedad mercantil? *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 20, 201-203 [trabajo disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1258>].
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2016). ¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 16 de enero de 2017. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 20, 204-208 [trabajo disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1259>].
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2017). La condición de consumidor en los contratos con doble finalidad (personal y empresarial). La STS de 5 de abril de 2017. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 197-206 [trabajo disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1452>].

## NOTAS

<sup>1</sup> Concretamente, la Directiva 85/577 (ventas fuera de establecimiento, art. 2), la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas, art. 2.b), la Directiva 97/7 (contratos a distancia, art. 2.2) y la

Directiva 99/44 (garantías en las ventas de consumo, art. 1.2.a), coinciden en señalar, con pequeñas variantes de redacción entre ellas, en que consumidor es «toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional». En cuanto a las Directivas cuyas transposiciones se encuentran fuera del TRLCU, la idea se reitera invariablemente, al aludir todas a la «persona física» (ninguna Directiva de consumo contempla las personas jurídicas en su ámbito de aplicación) que actúe con un fin o propósito «ajeno a su actividad comercial o profesional» (Directiva 98/6 sobre indicación de precios, art. 2.e; Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, art. 2.d; Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, art. 1.2.a) o «a su actividad económica, negocio o profesión» (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, art. 2.e) o a «su actividad económica, negocio, oficio o profesión» (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, art. 2.a). Así, lo reseña la STS de 16 de enero de 2017.

<sup>2</sup> A este respecto, como matiz cabe advertir que la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, no hace referencia a que actúen al margen de «una» actividad empresarial o profesional, como hace nuestro TRLCU, sino que señala que se considerará consumidor a toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a «su» actividad profesional.

Sobre la concreción de los actos que debemos considerar encuadrables dentro del ámbito empresarial o profesional, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S.: El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos no resueltos, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, 2011, vol. 3, núm. 1, 103-105.

<sup>3</sup> En cuanto a si puede considerarse «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, una persona física que garantiza el cumplimiento de una deuda de una sociedad mercantil, «procede señalar que si bien tal contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato principal del que emana la deuda que garantiza (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de marzo de 1998, *Dietzinger*, C-45/96, EU:C:1998:111, apartado 18), se presenta como un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. Por tanto, la calidad en la que las mismas actuaron debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza» (AATJUE de 19 de noviembre de 2015 y de 14 de septiembre de 2016).

<sup>4</sup> ATJUE de 14 de septiembre de 2016: «los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva se aplica a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en virtud de un contrato de crédito, cuando esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, lo que corresponde determinar al tribunal remitente».

## 1.6. Responsabilidad civil

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia sobre el uso fuera de ficha técnica de un medicamento por razones económicas

*The Court of Justice of the European Union  
decides on the use off label of a medicine for  
economic reasons*

por

CRISTIANO VÁZQUEZ BULLA

*Licenciado y Doctor en Farmacia*

*Licenciado en Derecho*

*Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales EEES UNED*

**RESUMEN:** La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de enero de 2018, determinó que el acuerdo entre los grupos farmacéuticos Roche y Novartis dirigido a reducir los usos oftalmológicos del medicamento Avastin® y a aumentar los del Lucentis® en Italia, podría constituir una restricción de la competencia «por su objeto». A continuación analizaremos pormenorizadamente los antecedentes del caso, la normativa aplicable y el contenido de la sentencia. Finalmente, se hará un repaso al actual marco jurídico español sobre la materia.

**ABSTRACT:** *The recent judgment of the Court of Justice of the European Union of January 23, 2018, determined that the agreement between the Roche and Novartis pharmaceutical groups aimed at reducing ophthalmic uses of the drug Avastin® and increasing those of Lucentis® in Italy, could constitute a restriction of the competition «for its purpose». Following, we will analyze in detail the background of the case, the applicable regulations and the content of the judgement. Finally, a review of the current Spanish legal framework on the subject will be made.*

**PALABRAS CLAVE:** Avastin®. Lucentis®. Sustituibilidad. Fuera de ficha técnica. Restricción de la competencia «por su objeto».

**KEY WORDS:** *Avastin®. Lucentis®. Substitutability. Off label. Restriction of competition «for its purpose».*

**SUMARIO:** I. ANTECEDENTES: MEDICAMENTOS DE ALTO IMPACTO SOCIOECONÓMICO.—II. RECURSO Y CUESTIÓN PREJUDICIAL. EL CÓDIGO COMUNITARIO SOBRE MEDICAMENTOS PARA USO HUMANO Y NORMATIVA

APLICABLE AL CASO.—III. LA SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 2018 DEL TJUE: NO PUEDE COMERCIALIZARSE NINGÚN MEDICAMENTO EN UN ESTADO MIEMBRO SIN QUE SU AUTORIDAD COMPETENTE HAYA CONCEDIDO UNA AUTORIZACIÓN DE COMERCIALIZACIÓN.—IV. EL ACTUAL MARCO JURÍDICO ESPAÑOL: LA PRESCRIPCIÓN Y APLICACIÓN DE MEDICAMENTOS NO AUTORIZADOS A PACIENTES NO INCLUIDOS EN UN ENSAYO CLÍNICO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. ANTECEDENTES: MEDICAMENTOS DE ALTO IMPACTO SOCIOECONÓMICO

La crisis económica ha obligado a las distintas administraciones sanitarias españolas y europeas<sup>1</sup> a «*explorar nuevas vías para el uso de medicamentos fuera de ficha técnica<sup>2</sup>, especialmente cuando el medicamento que se desea emplear fuera de dicha ficha técnica es igual de eficaz desde el punto de vista clínico que el medicamento autorizado específicamente para el tratamiento de esa determinada patología, y además a menor precio*». En este sentido, «*la ficha técnica del medicamento reviste una gran importancia tanto desde el punto de vista asistencial como desde una vertiente jurídica, pues en cierto modo condiciona la válida actuación del profesional prescriptor, y determina la responsabilidad en la que puede incurrir el laboratorio, como así puso de manifiesto la STS de 17 de junio de 2011*»<sup>3</sup>.

En torno a las anteriores apreciaciones, la Agencia Valenciana de Salud emitió, el 29 de julio de 2010, en colaboración con la Consejería de Salud autonómica, una resolución que declaraba como *medicamentos de alto impacto socioeconómico* a los fármacos antiangiogénicos. Adicionalmente, estableció los criterios clínicos en la degeneración macular asociada a la edad (DMAE). De este modo, la Agencia Valenciana de Salud, «*con el fin de establecer una recomendación de cara a los facultativos del servicio valenciano, comparó el coste-efectividad de ranibizumad (Lucentis®), fármaco aprobado para el tratamiento de la DMAE, con el bevacizumab (Avastin®), que no está autorizado para dicha indicación... ante... el desinterés del fabricante del Avastin® en registrar la indicación*». Los resultados del estudio posterior demostraron un perfil similar de eficacia entre ambas opciones, aunque reconociendo un perfil inferior de seguridad al Avastin®. Así, «*el coste anual del tratamiento con ranibizumab, en caso de que se fraccione el envase (práctica que lleva un riesgo de contaminación) y se aplique de forma mensual, ascendería a los 9.648 euros (5.690 si fuera a demanda). En cambio, el coste anual de un tratamiento con Avastin® fraccionado sería de 48 euros si se aplica con periodicidad mensual, y 31 si fuera a demanda*». Por lo que la utilización de Avastin® frente a Lucentis® «*proporcionaría un ahorro al Sistema Nacional de Salud de entre 132 y 226 millones de euros al año*».

Por tanto, «*desde el punto de vista de la seguridad del paciente y de la eficacia clínica... parece no existir duda alguna a la vista de los estudios científicos realizados. Tampoco resultaría rechazable esta opción desde una perspectiva ética; ninguno de los dos grandes principios bioéticos se resentiría con la implantación de la medida, más bien todo lo contrario, no se ocasionaría daño alguno al paciente (principio de no maleficencia), a la par que estaríamos ante una medida que permitiría destinar recursos para atender a más pacientes afectados por esta patología. Sin embargo el principal escollo cabría encontrarlo en el plano jurídico, ¿admitirían los tribunales la legalidad de una medida de estas características?... A la vista de los escasos precedentes judiciales, cabe aventurar que la implantación de una medida de estas características muy probablemente se vería abocada al fracaso*».



En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSUp.) de Madrid, de 19 de diciembre de 2013<sup>4</sup>, «considera que el médico había llevado a cabo un ensayo clínico, actuando como promotor y como investigador principal, sin contar con autorización... y habiendo obtenido el consentimiento informado de los pacientes facilitando una información no veraz... en el proyecto presentado se pretendía administrar raltegravir en una sola toma diaria, cuando la AEMPS había autorizado la comercialización del medicamento para su administración en dos tomas diarias».

En su virtud, el TSUp. confirma la resolución sancionadora *a quo* mediante la que se le impuso al médico cinco sanciones por un importe total de 216.003 euros, «por considerar que en realidad se trataba de un ensayo clínico que no se ha ajustado a las formalidades reglamentarias, y subraya asimismo la importancia de cumplir escrupulosamente con las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico, que también se hacen extensibles a los supuestos de uso de medicamentos para condiciones diferentes a las establecidas en ficha técnica (RD 1015/2009)».

Por el contrario y en cuanto a la posibilidad del empleo de fórmulas magistrales para uso *off label* (fuera de ficha técnica), «estas, a diferencia de las especialidades farmacéuticas, constituyen un medicamento destinado a un paciente individualizado, preparado por el farmacéutico para cumplimentar expresamente una prescripción facultativa, o como ha señalado la STS de 7 de noviembre de 1991, se trata de un preparado que se elabora de forma extemporánea para atender a un paciente individualizado, según prescripción médica. Este acto médico, que implica una orden al farmacéutico, configura la fórmula magistral en todo su contenido y circunstancias». De modo que «no cabría apreciar obstáculo alguno en el empleo de fórmulas magistrales pese a estar ya autorizada una especialidad farmacéutica específica para esa indicación».

De manera que el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 23 de mayo de 2005, ante la negativa del Laboratorio Abbott a suministrar el principio activo *sibutramina* a los farmacéuticos formulistas, sostiene: «quedan limitados los derechos conferidos por la patente, de forma que estos no se extienden, entre otros casos, a la preparación de medicamentos, realizada en las farmacias extemporáneamente y por unidad en ejecución de una receta médica ni a los medicamentos así preparados... El precepto citado, interpretado en sus términos literales, debe ser entendido en el sentido de que su aplicación en un caso concreto, exige como requisito previo de carácter imprescindible, la existencia de una receta médica que reúna las circunstancias establecidas en el ordenamiento jurídico... Esta interpretación también coincide con la legislación del sector sanitario que atribuye a la fórmula magistral un carácter meramente complementario de las especialidades farmacéuticas, vinculando sus efectos a la receta médica propia y única para cada paciente»<sup>5</sup>.

De modo que en nuestro país, tanto la normativa (RD 2009, 1015, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales) como la jurisprudencia de los tribunales, no parece dejar lugar a duda interpretativa; sin embargo, en otros países de la Unión Europea (UE), como es el caso de Italia, la cuestión dista de esta claridad. Allí, la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), Autoridad de Defensa de la Competencia en Italia, mediante decisión de 27 de febrero de 2014, impuso dos multas, una a Roche y a su filial Roche Italia, de un importe de aproximadamente 90,6 millones de euros, y otra a Novartis y a su filial Novartis Italia, de un importe de aproximadamente 92 millones de euros, porque dichas empresas habían llevado a cabo una práctica colusoria contraria al artículo 101 del Tratado de Funciona-

miento de la UE (a partir de ahora TFUE), dirigida a obtener una diferenciación artificial de los medicamentos *Avastin*® y *Lucentis*®, manipulando la percepción de los riesgos asociados al uso del *Avastin*® en oftalmología. Dichas prácticas concertadas se iniciaron al menos en junio de 2011 y no habían cesado en la fecha de la decisión de la AGCM.

Los dos medicamentos en cuestión, compuestos por dos principios activos distintos aunque derivados de un mismo anticuerpo y que obedecen a un mismo mecanismo de acción terapéutica, fueron desarrollados por *Genentech*, sociedad domiciliada en Estados Unidos, que solo opera en el territorio de ese país. *Genentech* encomendó la explotación comercial del *Avastin*® fuera de Estados Unidos a *Roche*, su sociedad matriz. Dado que esta última no operaba en el sector de la oftalmología, *Genentech* también encomendó al grupo *Novartis* que garantizase la explotación comercial del *Lucentis*® fuera del territorio de Estados Unidos, mediante un contrato de licencia celebrado en junio de 2003.

La autorización de comercialización de los antedichos medicamentos en la UE está sujeta, a la vista de sus características biotecnológicas, al procedimiento centralizado previsto en el Reglamento 726/2004. Así, el 12 de enero de 2005, la Comisión concedió una autorización de comercialización al *Avastin*® para el tratamiento de determinadas patologías tumorales. El 26 de septiembre de 2005, la Agenzia Italiana del Fármaco (AIFA) —Agencia Italiana del Medicamento— inscribió al *Avastin*® en la lista de medicamentos totalmente cubiertos por el sistema nacional de salud. El 22 de enero de 2007, la Comisión concedió también una autorización de comercialización al *Lucentis*® para el tratamiento de patologías oculares, y el 31 de mayo de 2007, la AIFA lo inscribió en la lista de medicamentos no reembolsables.

Con carácter previo a la comercialización del *Lucentis*®, algunos médicos, reacondicionando en dosis inferiores, habían comenzado a prescribir el *Avastin*® a pacientes afectados por enfermedades oculares. Esta prescripción del *Avastin*® para indicaciones que no se correspondían con las mencionadas en su autorización de comercialización, comenzó a difundirse a escala mundial. A causa del precio unitario inferior del *Avastin*®, su uso para esas patologías continuó tras la comercialización del *Lucentis*®.

De conformidad a la normativa italiana, que permitía el reembolso de un uso al margen de su autorización de comercialización de un medicamento si no había una alternativa terapéutica válida autorizada para el tratamiento de la patología en cuestión, en mayo de 2007, la AIFA inscribió en la lista de medicamentos reembolsables el uso del *Avastin*® para el tratamiento de maculopatías húmedas.

Tras la incorporación en Italia, el 4 de diciembre de 2008, a la lista de medicamentos reembolsables del *Lucentis*® y de otros autorizados para el tratamiento de las patologías oculares en cuestión, la AIFA excluyó progresivamente el reembolso del *Avastin*® utilizado al margen de su autorización de comercialización para esas patologías. Posteriormente, mediante decisión de 30 de agosto de 2012, la Comisión, tras obtener el dictamen favorable de la EMA (Agencia Europea de Medicamentos), modificó el resumen de las características del *Avastin*®, para mencionar determinadas consecuencias adversas asociadas al uso de dicho medicamento para el tratamiento de patologías oculares no cubiertas por la autorización de comercialización de este. A raíz de esta modificación del resumen de las características del *Avastin*®, el 18 de octubre de 2012, la AIFA lo retiró de la lista de medicamentos reembolsables para las indicaciones terapéuticas no cubiertas por su autorización de comercialización.

En este periodo, según la decisión de la AGCM, los grupos *Roche* y *Novartis* celebraron un acuerdo de reparto de mercado, constitutivo de una restricción de la competencia *por su objeto*. En particular, a tenor del apartado 177 de dicha decisión, el *Avastin*® y el *Lucentis*® eran desde todos los puntos de vista equivalentes por lo que atañe al tratamiento de las enfermedades oculares. Según la decisión, la práctica colusoria tenía por objeto elaborar y difundir noticias que podían suscitar inquietud en el público sobre la seguridad de las utilizaciones oftálmicas del *Avastin*® y minusvalorar las opiniones científicas contrarias. En la decisión se afirma que esa práctica colusoria afectaba también al procedimiento de modificación del resumen de las características del *Avastin*® en curso ante la EMA y al subsiguiente envío de una comunicación formal a los profesionales sanitarios (direct healthcare professional communication), iniciado por *Roche*.

Según dicha decisión, y, en particular, su apartado 88, el *Avastin*® se había convertido, debido a su uso al margen de su autorización de comercialización, ampliamente extendido en Italia en el ámbito oftalmológico, en el principal competidor del *Lucentis*®. La AGCM constató, en los apartados 82 a 88 de su decisión, que la práctica colusoria dio lugar a una bajada de las ventas del *Avastin*® (*off-label*) y provocó un desplazamiento de la demanda hacia el *Lucentis*® (*on-label*). A tenor del apartado 229 de la decisión de la AGCM, ese efecto generó un sobrecoeste para el servicio nacional de salud evaluado, solo en 2012, en aproximadamente 45 millones de euros.

## II. RECURSO Y CUESTIÓN PREJUDICIAL. EL CÓDIGO COMUNITARIO SOBRE MEDICAMENTOS PARA USO HUMANO Y NORMATIVA APLICABLE AL CASO

Tras la desestimación por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lazio, de los recursos que interpusieron contra la referida decisión, *Roche* y *Novartis* y sus filiales italianas recurrieron en apelación ante el Consiglio di Stato, Consejo de Estado. Los laboratorios recurrentes sostenían en ese momento que, sin el contrato de licencia entre *Genentech* y *Novartis*, esta última no habría podido entrar en el mercado de referencia en un breve plazo. En esas circunstancias, no podía considerarse que las empresas *Roche* y *Novartis* fueran competidoras, ni siquiera potencialmente. Las recurrentes en el litigio principal estiman entonces que las partes del contrato de licencia habrían podido legítimamente pactar contractualmente que *Roche* no haría la competencia a *Novartis*, la licenciataria, en el mercado de referencia. A su entender, una restricción como esa queda completamente excluida de la aplicación de la prohibición contemplada en el artículo 101 TFUE apartado 1.

Seguidamente, el *Consiglio di Stato* decidió suspender el procedimiento y plantear el 25 de marzo de 2016, al TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea), las cuestiones prejudiciales siguientes<sup>6</sup>:

1) Si, según el artículo 101 TFUE, correctamente interpretado, pueden considerarse competidores a las partes de un contrato de licencia cuando la empresa licenciataria únicamente opera en el mercado de referencia en virtud de dicho contrato. Si en tal situación, y eventualmente dentro de qué límites, las eventuales limitaciones a la competencia impuestas por el licenciante al licenciario, aunque no consten expresamente en el contrato de licencia, están excluidas del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE apartado 1, o están incluidas, en todo caso,

en el ámbito de aplicación de la excepción legal establecida en el artículo 101 TFUE apartado 3.

2) Si el artículo 101 TFUE faculta a la autoridad nacional de defensa de la competencia para definir el mercado de referencia de manera autónoma con respecto al contenido de las autorizaciones de comercialización de los medicamentos expedidas por las autoridades reguladoras de los medicamentos competentes AIFA y EMA o si, por el contrario, en lo que respecta a los medicamentos autorizados, el mercado de referencia a efectos del artículo 101 TFUE debe ser el mercado definido y configurado en primer lugar por la correspondiente autoridad reguladora de un modo que vincula también a la autoridad nacional de defensa de la competencia.

3) Si, a la luz de las disposiciones contenidas en la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano y, en particular, en su artículo 5 relativo a la autorización de comercialización de medicamentos, el artículo 101 TFUE permite considerar sustituibles e incluir por tanto en el mismo mercado de referencia un medicamento utilizado *off label* y un medicamento que dispone de una autorización de comercialización para las mismas indicaciones terapéuticas.

4) Si, a efectos del artículo 101 TFUE, para delimitar el mercado de referencia es preciso apreciar, además de la sustituibilidad sustancial de los productos farmacéuticos por el lado de la demanda, si la oferta de los mismos en el mercado se ha efectuado o no de conformidad con el marco reglamentario relativo a la comercialización de medicamentos.

5) Si puede considerarse en cualquier caso restrictivo de la competencia por su objeto un comportamiento concertado que tiene por finalidad poner de relieve la menor seguridad o la menor eficacia de un medicamento, cuando esa menor eficacia o seguridad, pese a no estar respaldada por resultados científicos ciertos, tampoco puede sin embargo excluirse de forma irrefragante a la luz de los conocimientos científicos disponibles en la época de los hechos.

A continuación, mediante escrito de 14 de noviembre de 2017, *Roche Italia* solicitó la reapertura de la fase oral, lo cual fue desestimado por el TJUE. Además, la AGCM, la Associazione Italiana delle Unitá Dedicare Autonome Private di Day Surgery e dei Centri di Chirurgia Ambulatoriale (Aiudaps) y la Regione Emilia-Romagna alegaron que la petición de decisión prejudicial era inadmisibile, no obstante, esta contenía una descripción de los elementos de hecho y de derecho suficientes por lo que el TJUE admitió y siguió adelante con la cuestión prejudicial.

Ante la exposición de los hechos anteriores, el marco jurídico de la decisión prejudicial pasó a girar en torno a: el artículo 101 TFUE<sup>7</sup>; los artículos 5 apartado 1<sup>8</sup>, 6 apartado 1<sup>9</sup>, 40 apartados 1 y 2<sup>10</sup>, 101 apartado 1<sup>11</sup>, y 106 bis<sup>12</sup> de la Directiva 2001/83; los artículos 16<sup>13</sup>, 17<sup>14</sup>, 22<sup>15</sup>, 24 apartado 5<sup>16</sup>, 28 apartado 4<sup>17</sup>, y 84<sup>18</sup> del Reglamento (CE) 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos; los artículos 1 punto 1<sup>19</sup>, y 16 apartado 1<sup>20</sup> del Reglamento (CE) 658/2007 de la Comisión, de 14 de junio, relativo a las sanciones financieras en caso de incumplimiento de determinadas obligaciones fijadas en el marco de las autorizaciones de comercialización concedidas con arreglo al Reglamento 726/2004.

### III. LA SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 2018 TJUE: NO PUEDE COMERCIALIZARSE NINGÚN MEDICAMENTO EN UN ESTADO MIEMBRO SIN QUE SU AUTORIDAD COMPETENTE HAYA CONCEDIDO UNA AUTORIZACIÓN DE COMERCIALIZACIÓN

Ya en el marco de la sentencia, el razonamiento jurídico del TJUE sobre el litigio principal comienza deliberando sobre las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta. Aquí, el TJUE recuerda, en los apartados 49 a 52 de la presente sentencia, que en aplicación del artículo 101 TFUE apartado 1, la definición del mercado de referencia «tiene como único objeto determinar si el acuerdo puede afectar al comercio entre los Estados miembros y tiene por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior»<sup>21</sup>. Este mercado de productos de referencia «comprendería la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, el precio o el uso que se prevea hacer de ellos»<sup>22</sup>. A su vez, el concepto de mercado de referencia implicaría que «pueda existir una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo...»<sup>23</sup>. A este respecto, el TJUE también subraya, el hecho de que los productos farmacéuticos se fabriquen o vendan de manera ilícita impide, en principio, que se consideren sustituibles o intercambiables, «habida cuenta, en particular, de los riesgos para la salud pública que generan para los profesionales sanitarios y los pacientes».

En efecto, según el artículo 6 de la Directiva 2001/83, se desprende que no puede comercializarse ningún medicamento en un Estado miembro sin que su autoridad competente haya concedido una autorización de comercialización con arreglo a dicha Directiva 2001/83 o al Reglamento 726/2004. En el caso de autos, el *Avastin*® tenía una autorización de comercialización válidamente concedida por la Comisión, para el tratamiento de patologías tumorales pero no así, para tratar patologías oculares. A este respecto, la Directiva 2001/83 no prohíbe que los medicamentos sean utilizados para indicaciones terapéuticas no cubiertas por su autorización de comercialización.

En concreto, su artículo 5 apartado 1, establece que los Estados miembro podrán, con vistas a atender necesidades especiales, excluir del ámbito de aplicación de la Directiva a los medicamentos que se suministren atendiendo a una solicitud de *uso compasivo*. No obstante, el TJUE considera (apartado 57) que dicha disposición, en aras a la salvaguardia de la salud pública, «solo puede referirse a situaciones en las que el médico determine que el estado de salud de sus pacientes individuales exige la administración de un medicamento que carece de equivalente en el mercado nacional o que no se halla disponible en ese mercado»<sup>24</sup>.

Por otra parte, para que el *Avastin*® pueda ser objeto de un reacondicionamiento con el fin de permitir su inyección intravítrea, el TJUE (apartados 58 y 59), apoyándose en el artículo 40 de la Directiva 2001/83, determina que «la fabricación de un medicamento está supeditada a un régimen de autorización, salvo con respecto a las operaciones de reacondicionamiento realizadas con vistas a su despacho al por menor por profesionales sanitarios»<sup>25</sup>. De lo cual se desprende que «la normativa de la UE en materia de productos farmacéuticos no prohíbe ni la prescripción de un medicamento al margen de su autorización de comercialización ni su reacondicionamiento con vistas a tal uso, pero supedita estas acciones al cumplimiento de una serie de requisitos definidos en dicha normativa».

Con cierta anterioridad, el Abogado General HENRIK SANGMANDSGAARD, en el punto 88 de sus conclusiones sobre el caso, afirmaba en este sentido, respecto a la conformidad con el Derecho de la UE de las condiciones de un

medicamento como el Avastin®, que «tal tarea es ajena a la aplicación de las normas sobre competencia y normalmente no está comprendida en las facultades de las autoridades encargadas de aplicar estas normas ...el derecho de competencia de la UE persigue objetivos autónomos distintos de los que persigue la normativa farmacéutica»<sup>26</sup>.

Por consiguiente, el TJUE considera ahora en el apartado 61 de la sentencia comentada, que «la autoridad nacional de defensa de la competencia debe, en el supuesto de que las autoridades o los órganos jurisdiccionales competentes para ello hayan realizado un examen de la conformidad del producto en cuestión con las disposiciones aplicables que regulan su fabricación o su comercialización, tener en cuenta el resultado de dicho examen, evaluando sus eventuales efectos en la estructura de la oferta y la demanda».

Sin embargo, por lo que atañe al litigio principal, ningún elemento de los autos sugiere al TJUE (apartados 62 y 63) que, cuando la AGCM aplicó el artículo 101 TFUE, «las autoridades competentes para controlar el cumplimiento de la normativa farmacéutica o los órganos jurisdiccionales nacionales hubiesen constatado el eventual carácter ilícito, alegado por Roche, de las condiciones de reacondicionamiento y de prescripción del Avastin® destinado a ser utilizado al margen de su autorización de comercialización». Al contrario, cuando se adoptó dicha decisión por la AGCM, «la EMA y la Comisión no habían estimado la solicitud de Roche dirigida a que se incluyesen en la lista de reacciones adversas que figuran en el resumen de las características del Avastin® determinadas consecuencias adversas derivadas de la utilización intravítrea de ese medicamento y consideraron que tales consecuencias únicamente justificaban una mención entre las advertencias especiales y precauciones de empleo».

En estas circunstancias, el TJUE continúa exponiendo (apartados 64 a 66), que la incertidumbre acerca de la licitud de las condiciones de reacondicionamiento y de prescripción del Avastin® para el tratamiento de patologías oculares «no se oponía a que, a efectos de aplicar el artículo 101 TFUE apartado 1, la AGCM concluyese que ese producto estaba comprendido dentro del mismo mercado que otro medicamento cuya autorización de comercialización cubre específicamente esas indicaciones terapéuticas». Es más, durante el periodo de la infracción contemplado en la decisión de la AGCM, «el Avastin® se prescribía frecuentemente para el tratamiento de enfermedades oculares, a pesar de que no cubría esas indicaciones». Esta circunstancia muestra al TJUE la existencia de una relación concreta de sustituibilidad, entre ese medicamento y los autorizados para esas patologías oculares, entre los que se encuentra el Lucentis®. «Máxime habida cuenta de que, al estar el Avastin® sujeto a prescripción, la demanda de dicho medicamento para el tratamiento de enfermedades oculares no cubiertas por su autorización de comercialización podía evaluarse de manera precisa».

Por todo ello, el TJUE responde a las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta que el artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido: «que una autoridad nacional de defensa de la competencia puede incluir en el mercado de referencia, además de los medicamentos autorizados para el tratamiento de las patologías de que se trate, otro medicamento cuya autorización de comercialización no cubre dicho tratamiento, pero que se utiliza con ese fin, y guarda, por tanto, una relación concreta de sustituibilidad con los primeros. Para determinar si existe esa relación de sustituibilidad, dicha autoridad debe, en el supuesto de que las autoridades o los órganos jurisdiccionales competentes para ello hayan realizado un examen de la conformidad del producto en cuestión con las disposiciones aplicables que regulan su fabricación o su comercialización, tener en cuenta el

resultado de dicho examen, evaluando sus eventuales efectos en la estructura de la oferta y la demanda».

En cuanto a la primera parte de la primera cuestión prejudicial, el TJUE, hurgando en su jurisprudencia, señala en los apartados 69 a 71 de la sentencia, que *«si una operación o una actividad determinada no está comprendida en el principio de prohibición previsto en el artículo 101 TFUE apartado 1, por su neutralidad o por su efecto positivo en el ámbito de la competencia, una restricción de la autonomía comercial de uno o varios de los participantes en dicha operación o actividad tampoco está comprendida en dicho principio si tal restricción es necesaria objetivamente para llevar a cabo la mencionada operación o actividad y proporcionada a los objetivos de una u otra»*.

Por ello, *«... debe averiguarse si sería imposible llevar a cabo dicha operación sin la restricción en cuestión. Por el hecho de que dicha operación solo sería más difícilmente realizable, o generaría menos beneficios sin la restricción en cuestión, no puede considerarse que dicha restricción tenga el carácter de objetivamente necesaria exigido... tal interpretación llevaría a ampliar dicho concepto a restricciones que no son estrictamente imprescindibles para llevar a cabo la operación principal. Ese resultado sería contrario al efecto útil de la prohibición prevista en el artículo 101 TFUE apartado 1»*<sup>27</sup>.

En el caso de autos, la difusión de información supuestamente engañosa sobre los efectos adversos del Avastin® en caso de administración de dicho medicamento para el tratamiento de patologías oculares, según el TJUE (apartado 72), *«tenía como objetivo limitar, no la autonomía comercial de las partes del contrato de licencia relativo al Lucentis®, sino los comportamientos de terceros y, en particular, de los profesionales sanitarios, con el fin de lograr que el uso del Avastin® para este tipo de tratamiento dejara de provocar una reducción del uso del Lucentis® para esos mismos fines»*. Por otra parte, el TJUE opina (apartados 73 y 74), que no puede considerarse que un comportamiento como el descrito haya sido objetivamente necesario para la aplicación del contrato de licencia celebrado entre Genentech y Novartis, ya que esto no se había acordado en el contrato, sino varios años después de su celebración, con el fin de frenar la sustituibilidad creada. Así, el hecho de que el comportamiento sancionado por la AGCM tuviese por objeto reducir el uso del Avastin® y aumentar el del Lucentis® para así hacer más rentable la explotación por parte de Novartis de los derechos sobre la tecnología de Genentech, *«no puede llevar a considerar que el comportamiento en cuestión era objetivamente necesario para la aplicación del contrato de licencia»*.

Ante los hechos, el TJUE resuelve sobre la primera parte de la primera cuestión prejudicial que el artículo 101 TFUE apartado 1, debe interpretarse en el sentido: *«que una práctica colusoria acordada entre las partes de un contrato de licencia relativo a la explotación de un medicamento, que, con el fin de reducir la presión competitiva sobre el uso de dicho medicamento para el tratamiento de determinadas patologías, tiene por objeto limitar los comportamientos de terceros consistentes en promover el uso de otro medicamento para el tratamiento de esas mismas patologías, no está excluida del ámbito de aplicación de la referida disposición por el hecho de que esa práctica colusoria fuera accesoria al mencionado contrato»*.

Sobre la quinta cuestión prejudicial, el TJUE recuerda, en los apartados 78 a 80 de la presente sentencia, que el concepto de restricción de la competencia *por el objeto «debe interpretarse de manera restrictiva y solo puede aplicarse a ciertos tipos de coordinación entre empresas que revelen un grado de nocividad para la competencia suficiente para que se pueda considerar innecesario el examen de sus*

efectos»<sup>28</sup>. Por ello, «debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se integra»<sup>29</sup>. Cuando se trata de determinar si existe una práctica colusoria en el sector de los productos farmacéuticos, «debe tomarse, por tanto, en consideración la incidencia de la normativa de la UE relativa a esos productos»<sup>30</sup>.

Esta normativa somete un medicamento como el Avastin® a un sistema de farmacovigilancia controlado por la EMA, en coordinación con las agencias nacionales competentes en materia farmacéutica, tal como regula el artículo 101 apartado 1, de la Directiva 2001/83. Además, el artículo 28 apartado 4, del Reglamento 726/2004, confiere a la EMA y a la Comisión, competencia exclusiva para examinar las solicitudes de modificación de una autorización de comercialización. También, el artículo 16 apartado 2, del Reglamento 726/2004, impone al TAC la obligación de transmitir de forma inmediata a la EMA, a la Comisión y a los Estados miembros cualquier información nueva que pueda implicar una modificación de la información requerida para la expedición de la autorización de comercialización, incluida la que figura en el resumen de las características del producto, obligación que se vio reforzada el 2 de julio de 2012 con el Reglamento 1235/2010.

Asimismo, con arreglo al artículo 17 del Reglamento 726/2004, el TAC es responsable de la exactitud de los documentos y datos que presente. Por otra parte, las condiciones de difusión de información relativa a medicamentos destinada a profesionales sanitarios y al público se regulan en el artículo 106 bis de la Directiva 2001/83, exigiendo al TAC que «la información destinada al público se presente de forma objetiva y sin equívocos». Finalmente, el procedimiento y las sanciones financieras fueron precisados en el Reglamento 658/2007.

Así, en cuanto al litigio principal, el TJUE manifiesta, en los apartados 89 y 90 de la sentencia, que la valoración de los hechos corresponde exclusivamente comprobarla al órgano jurisdiccional competente. De modo que la AGCM en su decisión, consideró «que las empresas implicadas, al adoptar una estrategia común destinada a contrarrestar la presión de la competencia ejercida sobre las ventas del Lucentis® por el uso del Avastin®... cometieron una infracción del artículo 101 TFUE. Según esa decisión, la colusión entre Roche y Novartis tenía como objetivo crear una diferenciación artificial entre esos dos medicamentos manipulando la percepción de los riesgos asociados al uso del Avastin®... mediante la elaboración y difusión de noticias, apoyándose en una interpretación alarmista de los datos disponibles, que pudiera generar en el público preocupación por la seguridad de determinados usos del Avastin® e influir así en las decisiones terapéuticas de los médicos, y minusvalorando los conocimientos científicos de sentido contrario... la colusión también tenía por objeto transmitir a la EMA información que pudiera amplificar la percepción de los riesgos asociados a ese uso con el fin de conseguir una modificación del resumen de las características del Avastin® y la autorización de remitir a los profesionales sanitarios una carta destinada a advertirles de esos efectos adversos... la decisión de la AGCM... se ve sustentada... por la circunstancia... de que la EMA y la Comisión no estimaron la solicitud de Roche...».

El TJUE prosigue en su alocución, y así en el apartado 91, en relación al posible carácter engañoso de la información transmitida a la EMA y al público por parte de Roche, nos indica «que las obligaciones de farmacovigilancia que pueden implicar actuaciones como la difusión entre los profesionales y el público de información relativa a los riesgos asociados al uso de un medicamento al margen de su autorización de comercialización, así como la incoación de un procedimiento ante la EMA con vistas a incluir esa información en el resumen de las características



*del producto, se sustentan, ...exclusivamente en el TAC del referido medicamento y no en otra empresa que comercialice un medicamento competidor, cubierto por una autorización de comercialización distinta. Por tanto, el hecho de que dos empresas que comercializan productos farmacéuticos competidores se pongan de acuerdo para difundir información referente específicamente al producto comercializado por una sola de ellas puede constituir un indicio de que esa difusión persigue objetivos ajenos a la farmacovigilancia».*

Según el TJUE, esta información transmitida a la EMA y al público, debería calificarse de engañosa si no cumple con los requisitos de exhaustividad y exactitud establecidos en el artículo 1 punto 1, del Reglamento 658/2007, extremo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar. Por ello, según los hechos anteriormente relatados y habida cuenta de las características del mercado del medicamento, el TJUE, en los apartados 93 y 94 de la sentencia, sostiene que *«es previsible que la difusión de información de tales características incite a los médicos a renunciar a prescribir el referido medicamento, provocando así la disminución esperada de la demanda para ese tipo de uso. La transmisión de información engañosa a la EMA, a los profesionales sanitarios y al público constituye además... una infracción de la normativa farmacéutica de la UE que da lugar a sanciones. En estas circunstancias debe considerarse que una práctica colusoria que persigue los objetivos descritos... tiene un grado de nocividad para la competencia suficiente para que resulte superfluo el examen de sus efectos».*

Habida cuenta de lo anterior, el TJUE responde a la quinta cuestión prejudicial que el artículo 101 TFUE apartado 1, debe interpretarse en el sentido: *«que constituye una restricción de la competencia por su objeto (...) una práctica colusoria entre dos empresas que comercializan dos medicamentos competidores, que tienen como objetivo, en un contexto caracterizado por la incertidumbre científica, la difusión entre la EMA, los profesionales sanitarios y el público de información engañosa sobre los efectos adversos del uso de uno de esos medicamentos para el tratamiento de patologías no cubiertas por la autorización de comercialización de este, con el fin de reducir la presión de la competencia resultante de dicho uso sobre el uso del otro medicamento».*

Por último, sobre la segunda parte de la primera cuestión prejudicial, el TJUE señala (apartado 97), que la aplicabilidad de la exención prevista en el artículo 101 TFUE apartado 3, se supedita a cumplir cuatro requisitos acumulativos; que la práctica colusoria contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o servicios de que se trate o a fomentar el progreso técnico o económico; que se reserve a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante; que no se imponga a las empresas participantes ninguna restricción que no sea indispensable; y que no les ofrezca la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios de que se trate. Tras lo que determina, en el apartado 98 de la comentada sentencia, que para el caso de autos *«la difusión de información engañosa relativa a un medicamento no puede considerarse indispensable, en el sentido del tercer requisito para poder acogerse a una exención...».*

Por tanto, el TJUE responde a la segunda parte de la primera cuestión prejudicial que el artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido: *«que una práctica colusoria como la descrita... no puede acogerse a la exención prevista en el apartado 3 de dicho artículo»<sup>31</sup>.*

Tras el fallo del TJUE, es ahora la justicia italiana la que tenga que dar solución final a un conflicto próximo a cumplir una década. Como sostenía el Abogado General HENRIK SANGMANDSGAARD en sus Conclusiones, *«la legalidad de estas*

*prácticas depende de la interpretación, que es objeto de polémicas entre diferentes interlocutores del sector, de determinadas disposiciones de Derecho italiano y de Derecho de la UE. Estas cuestiones solo pueden ser resueltas de forma definitiva por los tribunales»,* en este caso, por los órganos jurisdiccionales italianos que además deberán resolver sobre las costas del proceso.

Por otro lado, esta práctica pone de manifiesto la libertad terapéutica de los médicos, sin perjuicio de las eventuales limitaciones que introduzcan al respecto los Estados miembro en el ejercicio de sus competencias para definir sus políticas de salud. De forma que los Estados miembro siguen siendo competentes para decidir la admisión de un medicamento utilizado *off-label* al reembolso por sus sistemas de seguridad social. En este sentido, los Estados miembro han adoptado políticas divergentes relativas a la clasificación de los usos *off-label* de medicamentos en general, y de los del *Avastin*® en particular. Así, en virtud de la legislación italiana, esta práctica solo se admite cuando no existe un medicamento autorizado que permita tratar eficazmente al paciente determinado, sobre la base de una apreciación individual. Para este caso un medicamento prescrito *off-label* no se encontraría en una situación de sustituibilidad, sino más bien, de subsidiariedad respecto a un medicamento prescrito *on-label* para las mismas indicaciones.

Como reflexión final ante la STJUE comentada, podemos apreciar que las políticas nacionales que autorizan o incluso incentivan la prescripción *off-label* de medicamentos por razones presupuestarias *«resultan contrarias a la lógica que subyace al marco normativo del Derecho de la UE relativo a la comercialización de medicamentos»*<sup>32</sup>.

#### IV. EL ACTUAL MARCO JURÍDICO ESPAÑOL: LA PRESCRIPCIÓN Y APLICACIÓN DE MEDICAMENTOS NO AUTORIZADOS A PACIENTES NO INCLUIDOS EN UN ENSAYO CLÍNICO

El Reglamento (CE) 726/2004 estableció la conveniencia de un enfoque común en los Estados miembros en materia de criterios y condiciones para el uso compasivo de nuevos medicamentos antes de su autorización. Además, contempló un procedimiento de consulta al Comité de Medicamentos de Uso Humano de la EMA, estableciendo la posibilidad de elaborar protocolos de utilización con el objetivo de garantizar la equidad en el acceso a estos medicamentos en la Unión Europea. Estos casos solo sería de aplicación en situaciones clínicas comprometidas, entendiéndose como tales las enfermedades crónicas o gravemente debilitantes o aquellas que ponen en peligro la vida del paciente, y que no pueden ser tratadas satisfactoriamente con un medicamento autorizado y comercializado<sup>33</sup>.

A su vez, la Ley 29/2006, en el apartado 3 de su artículo 24, posibilitó la prescripción y aplicación de medicamentos no autorizados a pacientes no incluidos en un ensayo clínico<sup>34</sup> con el fin de atender necesidades especiales de tratamientos de situaciones clínicas de pacientes concretos. Este acceso a medicamentos en investigación se conoce como *uso compasivo*. Para ello, se reservó establecer las condiciones para la prescripción de medicamentos autorizados cuando se utilizan en condiciones distintas a las autorizadas, lo que en cualquier caso tendría carácter excepcional. Este precepto tiene su origen en el hecho de que existen algunas circunstancias en las que los datos clínicos que avalan un determinado uso terapéutico para un medicamento autorizado, no se encuentran recogidos en la ficha técnica del medicamento. Ello puede ser especialmente relevante en áreas

terapéuticas en las que la actividad investigadora es muy intensa y el ritmo de evolución del conocimiento científico puede preceder a los trámites necesarios para incorporar dichos cambios en la ficha técnica del medicamento. También existen condiciones de uso establecidas en la práctica clínica, pero no contempladas en la autorización del medicamento, a menudo por ausencia de interés comercial para la realización de los estudios necesarios para obtener la autorización de la AEMPS (Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios)<sup>35</sup>.

Hay que tener en cuenta que «*el uso de medicamentos en condiciones no autorizadas (conocido como uso off label), supone la administración y consumo de medicamentos en condiciones distintas a las contenidas en la ficha técnica autorizada, pudiendo existir variación en la dosis administrada, la vía de administración utilizada, las indicaciones o patologías para las que se emplea el medicamento o la población receptora del mismo. Debemos tener en cuenta que el uso de medicamentos bajo las condiciones que se describen en la ficha técnica asegura que su eficacia, seguridad y calidad han sido evaluadas científicamente; sin embargo, cuando se prescribe el uso de un medicamento en condiciones diferentes a las autorizadas en su ficha técnica*<sup>36</sup>, no pueden garantizarse ni la eficacia ni la seguridad de este uso»<sup>37</sup>.

Por otra parte, la Ley 29/2006, en su apartado 4 del mismo artículo 24<sup>38</sup>, estableció la posibilidad de autorizar la importación de medicamentos no autorizados y destinados a su utilización en España, siempre que estén legalmente autorizados en otros países, cuando ello resulte imprescindible para la prevención, el diagnóstico o el tratamiento de patologías concretas por no existir en España alternativa adecuada autorizada para esa indicación concreta o por situaciones de desabastecimiento. En virtud de todo ello se promulgó el RD 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales<sup>39</sup>.

El objeto de este RD 1015/2009 reside tanto en establecer los requisitos para el *uso compasivo*, en condiciones excepcionales, de medicamentos en fase de investigación clínica en pacientes que no formen parte de un ensayo clínico, como en fijar las condiciones para la prescripción de medicamentos autorizados cuando se utilicen en condiciones distintas a las autorizadas, que en todo caso tendrá carácter excepcional; y a la vez, regular el acceso de medicamentos no autorizados en España siempre que estén legalmente comercializados en otros Estados<sup>40</sup>. Queda excluido del RD 1015/2009, la utilización de un medicamento cuando su objetivo sea la investigación, considerándose este caso como un análisis clínico<sup>41</sup>.

Hay que tener en consideración que estos supuestos no cuentan con una autorización de comercialización de las autoridades españolas, lo que podría traducirse en una menor seguridad ante su uso, por ello la AEMPS autorizará o denegará en cada caso el acceso a estos medicamentos. Así, para los casos de *uso compasivo de medicamentos en investigación* que pueden ser autorizados, bien según el procedimiento individual, bien según el procedimiento temporal, la AEMPS; autorizará o denegará el acceso individualizado; modificará, suspenderá o revocará las autorizaciones temporales; notificará las autorizaciones temporales a la EMA, además de comunicárselo a las autoridades competentes de las comunidades autónomas y al promotor del ensayo clínico o solicitante de la autorización de comercialización, al que notificará también las sospechas de reacciones adversas; fomentando y facilitando para ello la inclusión de pacientes para los que se hubiera solicitado la utilización de estos medicamentos; y autorizando en su caso la importación del medicamento, estableciendo para ello un sistema de información<sup>42</sup>.

Cuando se trate de un *acceso a medicamentos en condiciones diferentes a las autorizadas*, es decir en condiciones diferentes a las establecidas en su ficha técnica, este, como no puede ser de otro modo, tendrá carácter excepcional y se limitará a las situaciones en las que se carezca de alternativas terapéuticas autorizadas para un determinado paciente, respetando las restricciones que se hayan establecido ligadas a la prescripción y dispensación del medicamento y el protocolo terapéutico asistencial del centro sanitario. Aquí, la AEMPS podrá elaborar recomendaciones de uso para el caso de preverse un riesgo, dichas recomendaciones se tendrán en cuenta para la elaboración de protocolos terapéuticos asistenciales de los centros sanitarios. Estas recomendaciones se basarán en los datos de eficacia y seguridad disponibles, revisándose los resultados de los análisis clínicos y el plan de gestión de riesgos del medicamento. De modo que la AEMPS se responsabiliza, además de elaborar y revisar las recomendaciones, de establecer un sistema de intercambio de información con el TAC y con las autoridades competentes de las comunidades autónomas, y de notificar las sospechas de reacciones adversas al TAC<sup>43</sup>.

Para el caso de *medicamentos no autorizados en España*, la AEMPS podrá autorizar con carácter excepcional su utilización en España cuando; no se encuentre el medicamento autorizado en España con igual composición o que esté en una forma farmacéutica que no permita el tratamiento del paciente; o bien, que no exista en España un medicamento autorizado que constituya una alternativa para ese paciente. Asimismo, podrá autorizar el acceso a medicamentos que estando autorizados en España no se encuentren comercializados, siguiendo para ello el procedimiento para el acceso individualizado a medicamentos no autorizados en España o el procedimiento para el acceso a medicamentos no autorizados en España a través de un protocolo de utilización. De manera que la AEMPS se responsabiliza de: autorizar o denegar el acceso individualizado; elaborar o modificar el protocolo de utilización; autorizar la importación; y poner a disposición de las comunidades autónomas los protocolos de utilización, así como la información sobre las autorizaciones individuales de uso<sup>44</sup>.

Estas situaciones especiales presentan en común la obligación del médico responsable del tratamiento de: prescribir y elaborar el informe clínico justificativo de la necesidad de tratamiento, garantizando en su caso que los pacientes tratados cumplen con las condiciones del protocolo terapéutico; notificar las sospechas de reacciones adversas; e informar al paciente en términos comprensibles acerca de la naturaleza del tratamiento, su importancia, implicaciones y riesgos, y obtener su *consentimiento informado* conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica<sup>45</sup>. A su vez, en estos supuestos, el TAC deberá; notificar las sospechas de reacciones adversas; no realizar promoción del uso del medicamento; y aportar la documentación que le requiera la AEMPS<sup>46</sup>.

Finalmente, la cobertura de la responsabilidad por los daños derivados de estas situaciones especiales se rige por lo dispuesto en el artículo 46<sup>47</sup> de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias<sup>48</sup>. No obstante, la utilización del medicamento en estas situaciones especiales se fundamenta, por parte del médico responsable del tratamiento, en su conocimiento, experiencia y en la evidencia clínica, por lo que un daño derivado de su utilización no debería atribuirse a un defecto en el producto<sup>49</sup>. Por tanto, el RD 1015/2009 otorga la responsabilidad en estos casos al médico prescriptor<sup>50</sup>.

En este sentido, en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla (núm. 1) de 6 de febrero de 2006<sup>51</sup>, se condena a un médico por tratar con iloprost, por vía intravenosa, a una paciente que acabó falleciendo a los seis meses de comenzar el tratamiento. Aquí, el médico no acreditó que el tratamiento fuera indispensable y no siguió el protocolo establecido para los supuestos de autorización de *uso compasivo* de un medicamento que además, no estaba indicado para el tratamiento de la hipertensión pulmonar. El *consentimiento informado* tampoco se ajustó al modelo recogido en el anexo VI del RD 561/93, de 16 de abril, por el que se establecían los requisitos para la realización de ensayos clínicos con medicamentos.

Una modalidad de uso de medicamentos fuera de ficha técnica no contemplada por el RD 1015/2009, es la llamada *optimización de dosis*, consistente en la administración de medicamentos en dosis menores y a pautas de administración diferentes a las estipuladas en sus fichas técnicas, «una práctica que a juicio de MOLINER BERNADES y SUÁREZ FERNÁNDEZ<sup>52</sup>, resultaría contraria de Derecho por no respetar el doble requisito..., de una parte justificar convenientemente en la historia clínica la necesidad del uso del medicamento, de otra la inexistencia de alternativas terapéuticas autorizadas. Según los referidos autores parece excluirse la posibilidad de que puedan llevarse a cabo optimizaciones de dosis sistemáticas por motivos de carácter exclusivamente económico. Al menos en aquellos casos en los que la presentación comercial y las estipulaciones de la ficha técnica del producto son ya las adecuadas para el tratamiento del paciente»<sup>53</sup>.

Así, la ficha técnica «constituye una información que debe ser conocida obligatoriamente por los profesionales de la salud en el ejercicio de sus correspondientes funciones. Esto es, no puede existir una actuación correcta si no se parte del conocimiento adecuado de dicha información... En consecuencia, la actuación al margen de dicha información puede originar la responsabilidad civil o penal correspondiente. Además, hay que tener en cuenta que se trata de una información aprobada por la Administración y revisada periódicamente, lo que no puede ser entendido como una excusa para que el médico haga una dejación de funciones en materia de información terapéutica del fármaco»<sup>54</sup>.

De manera que salvo en los tres supuestos anteriores, «el profesional médico tiene la obligación de atender las indicaciones del medicamento contenidas en la ficha técnica, pues la prescripción-administración de un medicamento al margen de la autorización de uso contenida en la ficha técnica constituye mala praxis médica<sup>55</sup>. Es ilegal la utilización de un medicamento para indicaciones o condiciones de uso distintas a las aprobadas (las que aparecen en la ficha técnica), salvo los supuestos legalmente previstos (ensayo clínico o situaciones especiales)».

De esta forma, la STS de 4 de abril de 2001<sup>56</sup> «declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por uno de los demandados, un médico que había prescrito la aplicación del medicamento Combitorax® de cuatro inyectables, que luego repitió con otros cuatro (ocho inyectables en total). El medicamento en su prospecto, además de las contraindicaciones, hacía la advertencia de que no debía inyectarse en niños menores de dos años y medio. La niña paciente no había alcanzado los tres años». La sentencia señala que: «la conducta del médico debe reputarse poco diligente al mandar ocho inyecciones a una menor de tres años, cuando una sola estaba contraindicada por el prospecto y por la ficha técnica a un menor de dos años y medio y no solo se prescriben cuatro inyecciones en días sucesivos, sino que se repite la dosificación... Así, cuando el médico prescribe un tratamiento consistente en el uso o consumo de un fármaco, incumbe a dicho facultativo la información sobre su utilización y dosificación y ello sin olvidar que también el medicamento está acompañado de una información... La selección del medicamento adecuado

*para el tratamiento de una enfermedad supone un juicio clínico que ha de sopesar y valorar riesgos y beneficios en su operatividad. Conocer la enfermedad y los males que puede generar al paciente en el curso de su evolución, pero ello requiere un acertado diagnóstico, no limitado a un etiquetado o su denominación, sino con relación a los niveles de riesgo. En este punto entra la actividad del medicamento y de los efectos adversos que puedan presentarse en un cálculo de probabilidades que casi siempre tiene que ser aproximativo»<sup>57</sup>.*

Aquí, el fundamento de la condena al médico se basó en haber ignorado las indicaciones del prospecto y la ficha técnica. Por el contrario, si hubiera una omisión de estas indicaciones en el prospecto o en la ficha técnica y el paciente o usuario sufriera un daño, la responsabilidad se dirigiría contra el laboratorio, o en su caso, contra la administración<sup>58</sup>.

## V. CONCLUSIONES

I. El TJUE señala en esta sentencia que, en lo que respecta al tratamiento de enfermedades oculares, existe una relación concreta de sustituibilidad entre el *Lucentis*® y el *Avastin*® utilizado al margen de su autorización de comercialización. La normativa farmacéutica de la UE no prohíbe ni la prescripción de un medicamento al margen de los requisitos previstos para su autorización de comercialización ni su reacondicionamiento con vistas a tal uso, siempre que se respeten determinadas condiciones. A quién incumbe comprobar si se cumplen esas condiciones es a los órganos jurisdiccionales nacionales o a las autoridades competentes en la materia, en este caso farmacéutica.

II. A su vez, el TJUE subraya en la sentencia que un acuerdo entre dos empresas que comercializan dos medicamentos competidores, consistente en difundir entre la EMA, los profesionales sanitarios y el público en general, en un contexto de incertidumbre científica, información engañosa sobre los efectos adversos del uso al margen de la autorización de comercialización de uno de esos medicamentos con el fin de reducir la presión competitiva que ejerce sobre el otro, constituye una restricción de la competencia «por su objeto». Aquí, el TJUE también determina que un acuerdo que constituye una práctica colusoria no puede acogerse a la exención prevista en el artículo 101 TFUE, apartado 3, si comprende restricciones que no sean indispensables.

III. En nuestro país, tanto la normativa (RD 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales) como la jurisprudencia de los tribunales, no parecen dejar lugar a dudas de interpretación. Sin embargo, en el caso italiano la situación parece estar más abierta y es ahora la justicia de aquel país la que tenga que dar solución final a un conflicto próximo a cumplir una década. A su vez, del análisis de la STJUE y de las Conclusiones del Abogado General, podemos extraer que las políticas nacionales que autorizan o incluso incentivan la prescripción *off-label* de medicamentos por razones presupuestarias parecen resultar contrarias a la lógica que subyace al marco normativo del Derecho de la UE relativo a la comercialización de medicamentos.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

DONADO VARA (2014). Información contractual y características de los bienes y productos farmacéuticos: responsabilidad civil por daños a consumidores

- y usuarios y modificación del contenido de un prospecto en ciertas áreas de distribución comercial, *RCDI*, núm. 742, marzo de 2014, 715 a 747.
- JUBERÍAS SÁNCHEZ (2016). Los medicamentos como productos de consumo, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, abril-junio de 2016, 306-310.
- LOMAS HERNÁNDEZ (2016). El uso de medicamentos fuera de ficha técnica y la sustitución de medicamentos biológicos por medicamentos biosimilares como medidas de ahorro económico. La responsabilidad del profesional y el papel de las comisiones de farmacia», *Gabilex*, núm. 6, Castilla-La Mancha, junio de 2016, 213-216 y 228-234.
- LUNA YERGA (2004). *La prueba de la responsabilidad civil médico sanitaria. Culpas y Causalidad*, Thomson Civitas, Madrid, 46-47.
- MOLINER BERNADES y SUÁREZ FERNÁNDEZ (2014). Administración de medicamentos en dosis o pautas de administración diferentes a las estipuladas en ficha técnica, *Cuadernos de Derecho farmacéutico*, núm. 48 (enero-marzo de 2014).
- OLIVERA MASSÓ (2009). Uso compasivo y *off label* de medicamentos en España: luces y sombras de su novedosa regulación, *Diario La Ley*, núm. 7259, de 9 de octubre de 2009.
- SÁNCHEZ-CARO y ABELLÁN (2007). La relación clínica farmacéutico-paciente. *Cuestiones prácticas de Derecho Sanitario y Bioética*, Comares, Granada, 57.
- SARRATO MARTÍNEZ (2014). *La responsabilidad administrativa, civil y penal en el ámbito del medicamento*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 101-103.
- VÁZQUEZ BULLA (2015). La evolución de la responsabilidad civil por sangre y productos hemoderivados hasta la nueva Ley 3/2014. Perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial, *RCDI*, núm. 751, noviembre de 2015, 2968-2999.

## VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJCE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche c/ Comisión*
- STJCE de 16 de septiembre de 2008, asunto C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélou kai Sia y otros*
- STJUE de 28 de junio de 2012, asunto C-7/11, *Caronna*
- STJUE de 28 de febrero de 2013, asunto C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*
- STJUE de 11 de julio de 2013, asunto C-429/11, *Gosselin Group c/Comisión*
- STJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto C-382/12, *MasterCard y otros c/Comisión*
- STJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto C-67/13, *CB c/Comisión*
- STJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-544/13 y C-545/13, *Abcur*
- STJUE de 27 de abril de 2017, asunto C-469/15, *FSL y otros c/Comisión*
- STJUE (Gran Sala) de 23 de enero de 2018, asunto C-179/16, *F. Hoffmann-La Roche Ltd, Roche SpA, Novartis AG, Novartis Farma SpA c/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*
- Conclusiones del Abogado General Henrik Sangmandsgaard, presentadas el 21 de septiembre de 2017, asunto C-179/16
- *DOUE* de 20 de junio de 2016, «Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia) el 25 de marzo de 2016», asunto C-179/16.- Recurrentes: F. Hoffmann-La Roche AG, La Roche SpA, Novartis AG y

Novartis Farma SpA. Recurrída: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

- STS de 7 de noviembre de 1991
- STS, Sala 1.ª de lo Civil, núm. 326/2001, de 4 de abril de 2001
- STS, Sala 1.ª, núm. 442/2011, de 17 de junio de 2011
- STSup. de Madrid, núm. 911/2013, rec. 1267/2011, de 19 de diciembre de 2013
- Sentencia núm. 39/2006, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla (núm. 1), rec. 588/2003, de 6 de febrero de 2006
- Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 23 de mayo de 2005

## NOTAS

<sup>1</sup> Agradezco la inestimable colaboración prestada por mis Directoras las Profesoras Bárbara DE LA VEGA JUSTRIBO (Titular Acreditada de Derecho mercantil) y M.ª Fernanda MORETÓN SANZ, TU de Derecho civil UNED.

<sup>2</sup> La ficha técnica de los medicamentos está actualmente regulada en España por el RD 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente; así como, por el RDL 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

<sup>3</sup> La STS, Sala Primera, núm. 442/2011, de 17 de junio de 2011, confirmó la sentencia recurrida que consideraba al medicamento *Agreal*® defectuoso por insuficiencia de información en el contenido del prospecto. *Vid.*, DONADO VARA (2014), Información contractual y características de los bienes y productos farmacéuticos: responsabilidad civil por daños a consumidores y usuarios y modificación del contenido de un prospecto en ciertas áreas de distribución comercial, *RCDI*, núm. 742, marzo de 2014, 715 a 747.

<sup>4</sup> Sentencia núm. 911/2013, rec. 1267/2011.

<sup>5</sup> *Vid.*, LOMAS HERNÁNDEZ (2016), El uso de medicamentos fuera de ficha técnica y la sustitución de medicamentos biológicos por medicamentos biosimilares como medidas de ahorro económico. La responsabilidad del profesional y el papel de las comisiones de farmacia, *Gabilex*, núm. 6, Castilla-La Mancha, junio de 2016, pp. 228-234.

<sup>6</sup> *DOUE* de 20 de junio de 2016, Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia) el 25 de marzo de 2016, asunto C-179/16. Recurrentes: F. Hoffmann-La Roche AG, La Roche SpA, Novartis AG y Novartis Farma SpA. Recurrída: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

<sup>7</sup> «1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarda relación alguna con el objeto de dichos contratos. 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas; cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas; cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas...



<sup>8</sup> «Los Estados miembro podrán, de acuerdo con la legislación vigente y con vistas a atender necesidades especiales, excluir de las disposiciones de la presente Directiva a los medicamentos que se suministren atendiendo a una solicitud de *uso compasivo*, elaborados de acuerdo con la prescripción de un facultativo reconocido y que los destine a un paciente individual bajo su responsabilidad personal directa».

<sup>9</sup> «No podrá comercializarse ningún medicamento en un Estado miembro sin que la autoridad competente de dicho Estado miembro haya concedido una autorización de comercialización con arreglo a la presente Directiva o se haya concedido una autorización de conformidad con el Reglamento 726/2004... así como cualesquiera modificaciones y ampliaciones que se introduzcan deberán también obtener una autorización...».

<sup>10</sup> «Los Estados miembro tomarán todas las disposiciones útiles para que la fabricación de medicamentos en su territorio se supedite a la posesión de una autorización... La autorización... se exigirá tanto para la fabricación total o parcial como para las operaciones de división, de acondicionamiento o de presentación. No obstante, esta autorización no se exigirá en el caso de las preparaciones, divisiones y cambios de acondicionamiento o de presentación, en la medida que estas operaciones fueran realizadas, únicamente con vistas a su despacho al por menor, por farmacéuticos en un laboratorio o por otras personas legalmente autorizadas en los Estados miembros para efectuar dichas operaciones».

<sup>11</sup> «Los Estados miembros dispondrán de un sistema de farmacovigilancia para cumplir sus funciones en materia de farmacovigilancia y participar en las actividades de farmacovigilancia de la Unión. El sistema de farmacovigilancia se utilizará para recoger información sobre los riesgos de los medicamentos para la salud de los pacientes o la salud pública...».

<sup>12</sup> «Tan pronto tenga intención de realizar un anuncio público en el que informe sobre cuestiones de farmacovigilancia relacionadas con el uso de un medicamento y, en todo caso, al mismo tiempo o antes de realizarlo, el titular de una autorización de comercialización (TAC) estará obligado a informar a las autoridades nacionales competentes, a la EMA y a la Comisión. El TAC garantizará que la información destinada al público se presente de forma objetiva y sin equívocos...».

<sup>13</sup> «Tras la concesión de una autorización con arreglo al presente Reglamento, el TAC del medicamento de uso humano deberá tener en cuenta, en relación con los métodos de fabricación y control previstos..., los avances técnicos y científicos e introducir las modificaciones que sean necesarias para que el medicamento se fabrique y verifique mediante métodos científicos generalmente aceptados. Deberá solicitar la autorización para tales modificaciones con arreglo al presente Reglamento. El TAC comunicará de forma inmediata a la EMA, a la Comisión y a los Estados miembros cualquier información nueva que pueda implicar una modificación de los datos o documentos... En particular, informará de manera inmediata... de cualquier prohibición o restricción impuesta por las autoridades competentes de cualquier país en el que se comercialice el medicamento de uso humano y de cualquier otra información nueva que pueda influir en la evaluación de los beneficios y riesgos del medicamento de uso humano de que se trate...».

<sup>14</sup> «El solicitante o el TAC será responsable de la exactitud de los documentos y los datos presentados».

<sup>15</sup> «La EMA, en estrecha cooperación con los sistemas nacionales de farmacovigilancia..., recabará toda la información pertinente sobre las sospechas de reacciones adversas de los medicamentos de uso humano que hayan sido autorizados por la Comunidad de conformidad con el presente Reglamento. Cuando corresponda, el Comité de Medicamentos de Uso Humano podrá emitir dictámenes, con arreglo al artículo 5 del presente Reglamento, sobre las medidas necesarias. Estos dictámenes se pondrán a disposición del público... El TAC y las autoridades competentes de los Estados miembro velarán por que se ponga en conocimiento de la EMA, con arreglo a lo dispuesto en el presente Reglamento, toda información pertinente sobre las sospechas de reacciones adversas de los medicamentos de uso humano autorizados con arreglo al presente Reglamento. Se alentará a los pacientes a comunicar las reacciones adversas a los profesionales de los servicios sanitarios».

<sup>16</sup> «El TAC no podrá comunicar al público datos sobre cuestiones de farmacovigilancia relativos a su medicamento autorizado sin comunicarlo antes o simultáneamente a la EMA. En cualquier caso, el TAC se cerciorará de que la información sea presentada de manera

objetiva y no sea engañosa. Los Estados miembro adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el TAC que incumpla estas obligaciones sea sometido a sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias».

<sup>17</sup> «En caso de que el informe de evaluación recomiende tomar medidas respecto de la autorización de comercialización, el Comité de Medicamentos de Uso Humano, en un plazo de treinta días a partir de la recepción del informe del Comité para la Evaluación de Riesgos en Farmacovigilancia, estudiará el informe y adoptará un dictamen sobre el mantenimiento, la modificación, la suspensión o la revocación de la autorización de comercialización en cuestión, incluido un calendario para la ejecución del dictamen... Si el dictamen indica que son necesarias medidas reguladoras respecto de la autorización de comercialización, la Comisión adoptará una decisión que modifique, suspenda o revoque la autorización de comercialización...».

<sup>18</sup> «Sin perjuicio del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas, los Estados miembro determinarán el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones del presente Reglamento... Los Estados miembro informarán inmediatamente a la Comisión del inicio de cualquier procedimiento contencioso en relación con las posibles infracciones al presente Reglamento. A petición de la EMA, la Comisión podrá someter a los TAC concedidos en virtud del presente Reglamento a penalizaciones financieras en caso de incumplimiento de determinadas obligaciones fijadas en el marco de dichas autorizaciones. Los importes máximos, así como las condiciones y disposiciones de recaudación de estas penalizaciones, serán fijados por la Comisión...».

<sup>19</sup> «... obligación, cuando el incumplimiento afecte a una cuestión de fondo, de presentar datos y documentación exactos y completos, bien en la solicitud de autorización de comercialización que se presenta en la EMA en virtud del Reglamento 726/2004... o bien con arreglo a las obligaciones establecidas en el Reglamento 726/2004 y en el Reglamento 1901/2006».

<sup>20</sup> «Cuando, a raíz del procedimiento previsto en la subsección 1, la Comisión considere que el TAC ha cometido, de forma deliberada o por negligencia, una de las infracciones contempladas en el artículo 1, podrá adoptar una decisión por la que se imponga una multa no superior al 5% del volumen de negocios realizado por el TAC en la Comunidad durante el ejercicio económico precedente».

<sup>21</sup> STJUE de 11 de julio de 2013, asunto C-429/11, *Gosselin Group c/Comisión*.

<sup>22</sup> STJUE de 28 de febrero de 2013, asunto C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*.

<sup>23</sup> STJCE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche c/Comisión*.

<sup>24</sup> STJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-544/13 y C-545/13, *Abcur*.

<sup>25</sup> STJUE de 28 de junio de 2012, asunto C-7/11, *Caronna*.

<sup>26</sup> Punto 88 de las Conclusiones del Abogado General HENRIK SANGMANDSGAARD, presentadas el 21 de septiembre de 2017, asunto C-179/16.

<sup>27</sup> STJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto C-382/12, *MasterCard y otros c/Comisión*.

<sup>28</sup> STJUE de 27 de abril de 2017, asunto C-469/15, *FSL y otros c/Comisión*.

<sup>29</sup> STJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto C-67/13, *CB c/Comisión*.

<sup>30</sup> STJCE de 16 de septiembre de 2008, asunto C-468/06 a C-478/06, *Sot. Lélou kai Sia y otros*.

<sup>31</sup> *Vid.*, STJUE (Gran Sala) de 23 de enero de 2018, asunto C-179/16, *F. Hoffmann-La Roche Ltd, Roche SpA, Novartis AG, Novartis Farma SpA c/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*.

<sup>32</sup> *Vid.*, Conclusiones del Abogado General HENRIK SANGMANDSGAARD (2017), *op. cit.*

<sup>33</sup> El artículo 2.1 del RD 1015/2009 define de idéntica manera el uso *compasivo de medicamentos en investigación*.

<sup>34</sup> Los ensayos clínicos están regulados fundamentalmente por el RD 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, y por el RDL 1/2015 (arts. 58-62).

<sup>35</sup> Aquí, no confundir con el término medicamento huérfano. Los medicamentos huérfanos están destinados a combatir las enfermedades raras, no rentables para la industria farmacéutica, por lo que necesitan una especial protección mediante instrumentos legales que desarrollen la investigación y faciliten el acceso a los pacientes. La UE desarrolló el Reglamento (CE) 141/2000, de 16 de diciembre, sobre medicamentos huérfanos, buscando

incentivar a la industria farmacéutica a que desarrollen dichos medicamentos garantizándoles una protección de mercado de diez años.

<sup>36</sup> El artículo 2.2 del RD 1015/2009 define el *uso de medicamentos en condiciones diferentes de las autorizadas* como el uso de medicamentos en condiciones distintas de las incluidas en la ficha técnica autorizada.

<sup>37</sup> *Vid.*, JUBERÍAS SÁNCHEZ (2016), Los medicamentos como productos de consumo, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, abril-junio de 2016, 306-310.

<sup>38</sup> El actual RDL 1/2015 aborda estas cuestiones con el mismo contenido y en el mismo artículo 24, apartados 3 y 4.

<sup>39</sup> *BOE*, de 20 de julio de 2009. Posteriormente algunas Comunidades Autónomas han regulado esta cuestión: Andalucía, Resolución SC 0369/09; Navarra, Instrucción 2/2009; La Rioja, Instrucción 2/2010; Valencia, Orden 15/2010.

<sup>40</sup> El artículo 2.3 del RD 1015/2009 define *acceso a medicamentos no autorizados en España* como utilización de medicamentos autorizados en otros países pero no autorizados en España, cuando no cumplan con la definición de uso compasivo de medicamentos en investigación.

<sup>41</sup> Artículo 1 del RD 1015/2009.

<sup>42</sup> Artículo 7-10.

<sup>43</sup> Artículos 13 y 14.

<sup>44</sup> Artículos 17-20.

<sup>45</sup> Artículos 11, 15 y 21.

<sup>46</sup> Artículos 12, 16 y 22.

<sup>47</sup> «Cobertura de responsabilidad. Los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligados a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios».

<sup>48</sup> Artículo 4.

<sup>49</sup> *Vid.*, LUNA YERGA (2004), *La prueba de la responsabilidad civil médico sanitaria. Culpa y Causalidad*, Thomson Civitas, Madrid, 46-47.

<sup>50</sup> *Vid.*, OLIVERA MASSÓ (2009), Uso compasivo y *off label* de medicamentos en España: luces y sombras de su novedosa regulación, *Diario La Ley*, núm. 7259, de 9 de octubre de 2009.

<sup>51</sup> Sentencia núm. 39/2006, rec. 588/2003.

<sup>52</sup> *Vid.*, MOLINER BERNADES y SUÁREZ FERNÁNDEZ (2014), Administración de medicamentos en dosis o pautas de administración diferentes a las estipuladas en ficha técnica, *Cuadernos de Derecho farmacéutico*, núm. 48 (enero-marzo de 2014).

<sup>53</sup> LOMAS HERNÁNDEZ (2016), *op. cit.*, p. 213.

<sup>54</sup> SÁNCHEZ-CARO y ABELLÁN (2007), La relación clínica farmacéutico-paciente. *Cuestiones prácticas de Derecho Sanitario y Bioética*, Comares, Granada, 57.

<sup>55</sup> Aquella práctica clínica deficiente que ha ocasionado un daño al paciente.

<sup>56</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, núm. 326/2001, de 4 de abril de 2001.

<sup>57</sup> *Vid.*, SARRATO MARTÍNEZ (2014), *La responsabilidad administrativa, civil y penal en el ámbito del medicamento*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 101-103; *vid.*, LOMAS HERNÁNDEZ (2016), *op. cit.*, 214-216.

<sup>58</sup> *Vid.*, VÁZQUEZ BULLA (2015), La evolución de la responsabilidad civil por sangre y productos hemoderivados hasta la nueva Ley 3/2014. Perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial, *RCDI*, núm. 751, noviembre de 2015, 2968-2999.

## 1.7. Concursal Civil

# Limitaciones y prohibiciones impuestas al concursado en el convenio\*. La acción de reintegración del artículo 137.2 de la Ley Concursal

## *Limitations and prohibitions imposed on the bankrupt in the agreement. The action for recovery under article 137.2 of the Insolvency Law*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil  
Universidad Complutense de Madrid*

*RESUMEN:* El convenio concursal es eficaz desde la fecha de la sentencia que lo aprueba, dando lugar a la finalización de los efectos legales y judiciales del auto declaratorio del concurso, los cuales son sustituidos por los efectos establecidos por el propio convenio. El artículo 137 LC prevé que en el convenio puedan imponerse medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor cuya naturaleza jurídica se discute, calificándose por la doctrina, bien como limitaciones a la capacidad de obrar; bien como prohibiciones de disponer, bien como meras obligaciones de no disponer o de no administrar que no afectarían a la eficacia del acto contrario. La infracción de esas medidas es sancionada por la LC con la posibilidad de que los acreedores soliciten la declaración de incumplimiento de convenio, cabiendo también la posibilidad de ejercitar una acción de reintegración del bien enajenado mediante el acto infractor (art. 137.2 LC). Pero esta acción de reintegración, cuya naturaleza (también discutida) parece más bien ser la de una acción rescisoria, solo perjudicará a terceros subadquirentes si las medidas prohibitivas o limitativas constan previamente en el Registro, en el asiento de inscripción del convenio. Dicha acción rescisoria no tendría su fundamento en el perjuicio a la masa o en el fraude, sino simplemente en la infracción de las medidas prohibitivas o limitativas establecidas en el convenio, pues lo que se pretende proteger mediante tales medidas, y tal acción, es el cumplimiento del contenido normativo del convenio concursal, regulador de la celebración de futuros contratos por el concursado.

---

\* 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.

**ABSTRACT:** *Insolvency settlements are effective as from the date of the judgment in which they are approved, and once approved the legal and judicial effects of the initial action declaring the insolvency are cancelled and replaced by the provisions contained in the settlement itself. Article 137 of the Insolvency Law provides that the settlement may contain measures to prohibit or curtail the exercise by a debtor of its rights of ownership (the legal nature of which is discussed), and this is recognized by learned opinion as variously constituting a restriction on the debtor's legal capacity, or a prohibition on the disposal of assets, or a mere duty not to dispose or not to administer, which would not affect the effectiveness of acts to the contrary. The Insolvency Law penalizes the infringement of such measures by allowing creditors to apply for a declaration to the effect that the settlement has been breached, and also by allowing for the possibility of pursuing an action for the recovery of the asset that has been disposed of in a manner that is prohibited (art. 137.2 of the Insolvency Law). But this action for recovery, the nature of which (also discussed) appears to be more that of an action for rescission, will only prejudice third-party sub-acquirers, provided that the prohibitive or restrictive measures are previously recorded at the Registry, under the entry where the settlement is recorded. The said action for rescission would not be based on any prejudice to the insolvency assets, or on fraud, but rather merely on the infringement of the prohibitive or restrictive measures laid down in the settlement, given that what the said measures and action are seeking to protect is in compliance with the normative content of the insolvency settlement, which regulates the execution of future contracts by the insolvent party.*

**PALABRAS CLAVE:** Convenio concursal. Medidas limitativas del ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado. Publicidad registral. Acción de reintegración del artículo 137.2 LC.

**KEY WORDS:** *Insolvency settlement. Measures restricting the exercise of rights of ownership by the insolvent party. Registry publicity. Action for recovery under artículo 137.2 of the Insolvency Law.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NECESARIA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS SITUACIONES CONCURSALES Y POR ENDE, DEL CONVENIO REGISTRAL Y SU CONTENIDO CON TRASCENDENCIA JURÍDICO-REAL.—III. LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS PROHIBITIVAS O LIMITATIVAS IMPUESTAS AL CONCURSADO EN EL CONVENIO: 1. LIMITACIONES A LA CAPACIDAD DE OBRAR. 2. PROHIBICIONES DE DISPONER. 3. MERAS OBLIGACIONES DE NO DISPONER O NO ADMINISTRAR. 4. ARGUMENTOS Y CONTRAARGUMENTOS EN FAVOR DE UNA Y OTRA POSICIÓN.—IV. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DE LAS MEDIDAS PROHIBITIVAS O LIMITATIVAS: 1. CONSECUENCIAS SOBRE EL PROPIO CONVENIO. 2. CONSECUENCIAS SOBRE LOS ACTOS REALIZADOS EN CONTRAVENCIÓN DE LAS MEDIDAS ESTABLECIDAS EN EL CONVENIO. LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN DEL ARTÍCULO 137.2 LC: A) *Discusión sobre la naturaleza y fundamento de la acción:* a) Acción de nulidad. b) Acción de anulación o impugnación. c) Acción rescisoria. B) *La acción de reintegración del artículo 137.2 LC como una acción rescisoria.*—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El convenio concursal a que puede llegar el deudor concursado con sus acreedores como solución del procedimiento universal, no pone fin a la situación de concurso, pero sí produce importantes efectos al determinar el cese de todos los derivados de la declaración de concurso. En este sentido, el artículo 133 LC señala que el convenio adquirirá eficacia desde su aprobación por sentencia judicial (salvo que el juez acuerde retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación sea firme), cesando desde entonces todos los efectos (legales y judiciales) de la declaración de concurso y quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio<sup>1</sup>. El convenio sustituye, pues, en su regulación, a la propia ley.

El convenio puede dar lugar a transmisión de bienes en los términos del artículo 100.2.3.º y 4.º; 3 y 4 LC (enajenaciones de unidades productivas; daciones en pago; enajenaciones de bienes previstas en el plan de pagos). En este sentido, el convenio tiene un contenido normativo al regular futuras enajenaciones que deberá realizar el concursado convenido. Una manera de asegurar que tales enajenaciones se verificarán en los términos del convenio así como que el deudor no realizará actos dispositivos o de gravamen o de administración que puedan perjudicar el buen fin del convenio es estableciendo medidas limitativas o prohibitivas de sus facultades de administración y disposición, como prevé el artículo 137 LC, cuyo incumplimiento constituirá infracción del convenio, siendo rescindibles los actos celebrados en contradicción con tales medidas<sup>2</sup>.

Ahora bien, para que la reintegración (a la masa activa del concurso) de los bienes enajenados en contra de las dichas medidas prohibitivas o limitativas perjudique a terceros adquirentes (y no surjan terceros hipotecarios protegidos por el Registro de la Propiedad, conforme a los arts. 34 y 37 LH), es preciso que se de publicidad registral a tales medidas en el folio de cada una de las fincas integradas en la masa activa o que el concursado pueda llegar a adquirir (por herencia, donación...) hasta la conclusión del procedimiento (art. 76 LC), siendo entonces oponibles *erga omnes*. La inscripción de estas medidas no cierra, sin embargo, el Registro a los actos contrarios (art. 137.2 LC).

Explica esta regulación la RDGRN de 2 de marzo de 2013. El supuesto de hecho que dio origen a la misma puede resumirse del siguiente modo. En el folio de la finca registral núm. 66460 del Registro de la Propiedad de Sueca, constaba debidamente inscrito el convenio aprobado judicialmente y recaído en procedimiento concursal contra la compañía titular registral. El convenio imponía a la concursada una limitación a sus facultades patrimoniales inscrita en dicho asiento y según la cual *se obligaba a no constituir nuevos gravámenes sobre activos que serían objeto de desinversión, salvo que tales cargas se constituyesen para garantizar nuevos créditos que se destinasen a dar viabilidad al plan de pagos propuesto (art. 100.4 LC)*. La titular registral constituyó hipoteca a favor del Banco Santander en garantía de una deuda ajena. El registrador suspendió la inscripción al considerar que no quedaba garantizado que la hipoteca se suscribiese *ajustándose a la finalidad prevista en el convenio, por lo que, apreciando que era posible un eventual incumplimiento del mismo y una eventual rescisión del acto constitutivo, entendía que era preciso un consentimiento expreso del acreedor a que la hipoteca quedase inscrita haciendo constar la posibilidad de reintegración de la masa para el caso de que resultase que el crédito concedido no llegase a quedar comprendido dentro de las operaciones que fijaba el plan de viabilidad (art. 100.5 LC), con arreglo al artículo 137.2 LC*.

Recurrida la calificación por el notario que otorgó la escritura pública, la DGRN estima el recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

«De la regulación legal resulta que la existencia de un convenio debidamente aprobado por el juez no pone fin al procedimiento concursal que solo finalizará cuando así lo declare el propio juez de lo mercantil por auto en el que se declare su cumplimiento (art. 176 de la Ley Concursal). Vigente el convenio cualquier acreedor puede instar la acción de incumplimiento y solicitar del juez que así lo declare (art. 140), lo que conllevará su rescisión y la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 143). En cualquier supuesto y desde la aprobación judicial del convenio, cesan los efectos de la declaración del concurso que quedan sustituidos en su caso por los previstos en el propio convenio (art. 133.2) que puede establecer medidas limitativas y prohibitivas sobre las facultades de administración y disposición del deudor», inscribibles con arreglo al artículo 137 LC.

«Como resulta de los “Hechos”, las limitaciones establecidas en el convenio de la concursada titular registral constan debidamente inscritas y son, por consiguiente, plenamente oponibles a cualquier titular posterior. *La oponibilidad de dichas medidas establecidas en el convenio y aprobadas por el juez que conoce del concurso, deriva por consiguiente, no de la aceptación expresa de los posibles efectos rescisorios de un eventual incumplimiento, ni siquiera de que en la inscripción de hipoteca se supedite su eficacia al cumplimiento del convenio, sino precisamente del hecho de que constan debidamente inscritas.* El acreedor hipotecario está afectado por el contenido del convenio al constar inscrito previamente por lo que *nada añade que acepte expresamente dicha circunstancia o que la hipoteca se modalice en función de las limitaciones contenidas en el convenio. Es el contenido del Registro y no la aceptación a los eventuales efectos de un incumplimiento del convenio lo que hará eficaz la declaración del incumplimiento y los efectos rescisorios subsiguientes (art. 137 LC en relación al art. 37 de la LH).*»

A diferencia de los supuestos de hecho que dieron lugar a las Resoluciones de 16 de febrero y 18 de abril de 2012 (en las que no constaba inscrito el contenido del convenio) en el presente supuesto el contenido del Registro recoge debidamente el conjunto de limitaciones que, derivadas del convenio inscrito, puede afectar a los titulares posteriores por lo que no es exigible ningún pronunciamiento adicional».

La RDGRN de 2 de marzo de 2013 considera, pues, que la oponibilidad de las medidas inscritas deriva de su inscripción, no de la aceptación expresa de los posibles efectos rescisorios en caso de incumplimiento de las mismas, e indica que como el contenido del Registro recoge debidamente el conjunto de limitaciones derivadas del convenio inscrito *no es exigible ninguna constancia adicional o modalización del asiento de hipoteca para el efecto de perjudicar a terceros.*

## II. LA NECESARIA PUBLICIDAD REGISTRAL DE LAS SITUACIONES CONCURSALES Y POR ENDE, DEL CONVENIO REGISTRAL Y SU CONTENIDO CON TRASCENDENCIA JURÍDICO-REAL

Señala la doctrina que «a diferencia de lo que ocurre con el Registro Mercantil, el artículo 24 no enumera las resoluciones que deben inscribirse en los registros de bienes, por lo que la literalidad del precepto nos llevaría a pensar que solo debe inscribirse la declaración de concurso. No obstante debe interpretarse el artículo 24 LC de conformidad con los principios generales del derecho

registral así como con los del derecho concursal, *que exigen la publicidad de los cambios en las facultades dispositivas*»<sup>3</sup>.

Por tanto, de acuerdo con el artículo 2.4 LH y 10 RH, «deberán inscribirse todas las resoluciones judiciales que modifiquen las facultades de la concursada, como por ejemplo, cualquiera que adopte el juez del concurso en virtud de lo previsto en el artículo 40.3 LC, y en concreto hay dos resoluciones que implican modificaciones en estas facultades: *la sentencia que aprueba el convenio* y el auto que abre la liquidación»<sup>4</sup>.

La necesaria publicidad registral del convenio se deduciría también de la remisión expresa que el artículo 132 LC hace al artículo 24 LC y de la inscribibilidad de las medidas establecidas en el convenio y sustitutivas de las adoptadas por el auto de declaración de concurso, afirmada por el artículo 137 LC, en relación con el artículo 133.2 LC<sup>5</sup>.

En cuanto al fin de la registración de la sentencia que aprueba el convenio y su contenido con trascendencia jurídico real, «se trata de acercar el Registro al proceso, dando a conocer frente a terceros las limitaciones a la libre disposición de los bienes por parte del concursado, *enervando la buena fe, e impidiendo que surja un tercero que pudiera estar protegido por los principios registrales o por la protección de la apariencia*»<sup>6</sup>. En efecto, de acuerdo con el artículo 137 LC a contrario sensu, antes de su inscripción, las prohibiciones o limitaciones impuestas no perjudicarán a terceros hipotecarios (arts. 606 del Código Civil y 13, 32, 34, 37, etc., LH), o sea a los terceros subadquirentes que contraten con el adquirente del concursado convenido<sup>7</sup>.

Algunos autores señalan que la inscripción de la sentencia aprobatoria del convenio así como de las medidas prohibitivas o limitativas de las facultades patrimoniales del deudor tiene carácter obligatorio<sup>8</sup>.

Por otro lado, algunas calificaciones registrales han planteado la posibilidad de que la falta de inscripción del convenio supusiese una interrupción del tracto sucesivo<sup>9</sup>.

A favor de esta postura «cabe argumentar que el registrador, al calificar la escritura de compraventa posterior a la aprobación del convenio, apreciará la falta de facultades del transmitente concursado, pues en el Registro aparecen limitadas si no se ha inscrito la sentencia que las restituye y por tanto esta interrupción del tracto sucesivo implicará una calificación negativa del título que se pretende inscribir»<sup>10</sup>.

Si bien se ha dicho que el tracto sucesivo hace referencia a la titularidad de las fincas y no a las facultades del titular, aunque el supuesto se ve como dudoso (así DÍAZ REVORIO), pueden encontrarse razones en pro de la exigencia de previa inscripción del convenio como exigencia de tracto sucesivo para la inscripción de los posteriores actos dispositivos del concursado convenido<sup>11, 12</sup>. Entre otras, la falta de sanción que conlleva la omisión de la inscripción obligatoria y la dificultad para la oponibilidad *erga omnes* de las medidas limitativas o prohibitivas si la inscripción del convenio no se conceptúa como exigencia de tracto sucesivo. Algún autor señala también que para la inscripción del convenio es una previa exigencia de tracto la inscripción de la declaración de concurso<sup>13</sup>.

La Dirección General de los Registros y del Notariado se aparta de la exigencia de tracto sucesivo en diversas resoluciones (RRDGRN de 27 de febrero de 2012 y 18 de abril de 2012), inclinándose por hacer constar en la inscripción del acto dispositivo una mera referencia (mención del art. 29 LH) a su carácter claudicante con arreglo al artículo 137.2 LC<sup>14</sup>.



Como el convenio tiene carácter definitivo, el asiento procedente es el de inscripción y no el de anotación preventiva. El título formal para la inscripción es el mandamiento judicial (art. 24.5 LC) en el que se insertará literalmente la resolución judicial, con indicación de su fecha, y de si es o no firme. En tanto no fuese firme la sentencia sería objeto de anotación preventiva (art. 24.5 LC) si bien se ha apuntado que siempre procedería el asiento de inscripción, sobre la base del artículo 133 LC, precepto especial relativo al convenio, salvo que se aplazase la eficacia de este hasta la firmeza de la sentencia<sup>15</sup>.

La inscripción deberá expresar «*el contenido del convenio*, fecha de su aprobación judicial, fecha del mandamiento en cuya virtud se practica la inscripción y datos que permitan identificar el procedimiento (juizado en el que se ha aprobado), así como los generales exigidos por la legislación hipotecaria (como es la fecha de presentación del mandamiento y la fecha de la inscripción)»<sup>16</sup>.

Como las medidas prohibitivas o limitativas son parte del contenido del convenio, si se han establecido, la inscripción del convenio deberá mencionarlas para que la publicidad registral sea completa. Lo que establece el artículo 137 LC en relación con el artículo 132 de la misma es que «entre las circunstancias de la resolución judicial que aprueba el convenio que deben hacerse constar en los registros correspondientes figuran necesariamente *las medidas limitativas o prohibitivas del ejercicio de las facultades de administrar y disponer del deudor... Y ello porque estas medidas vienen a sustituir a los efectos del concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor, que terminan con la sentencia que aprueba el convenio (art. 133.2 LC) y que figuraban también en dichos registros*»<sup>17</sup>. Dicho en otros términos, *al tratarse de un contenido que tiene o pretende tener trascendencia jurídico real, debe hacerse constar en la inscripción de la sentencia aprobatoria del convenio*<sup>18</sup>.

En este sentido, GÓMEZ GÁLLIGO distingue entre convenios de quita o espera, y convenios jurídico reales, *que serían los típicamente inscribibles*<sup>19</sup>, señalando que en estos pueden establecerse hipotecas, prohibiciones de disponer o cualesquiera otras limitaciones o garantías de eficacia *erga omnes*, que aseguren el convenio de quita o espera, *y también en materia de capacidad del deudor, limitaciones o prohibiciones al deudor en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición ex artículo 137 LC. Diferencia, pues, entre dos posibles contenidos de trascendencia jurídico-real, prohibiciones de disponer concretas sobre ciertos bienes y limitaciones a la capacidad de obrar al modo del auto que declara el concurso*<sup>20, 21</sup>. *Afirmación esta última que nos conduce a la determinación de la naturaleza de las medidas prohibitivas o limitativas a que se refiere el artículo 137 LC y a lo que dedicaremos el epígrafe III.*

Por lo tanto, como el *título material inscribible es el convenio* y no las propias medidas limitativas, «la publicidad registral de estas medidas limitativas no es otra que la que resulta de la inscripción practicada en virtud del artículo 132 LC, que no tiene que ser reiterada»<sup>22</sup>.

La inscripción del convenio y de su contenido con trascendencia jurídico-real (art. 137 LC), no implica cierre registral para los actos contrarios a las medidas prohibitivas o limitativas impuestas al concursado, como hemos señalado antes<sup>23</sup>.

Este régimen difiere del previsto en el artículo 40.7 LC para los actos realizados por el deudor concursado en contravención de las limitaciones impuestas en el auto de declaración de concurso. Tales actos son anulables y no pueden acceder al Registro mientras no sean confirmados o convalidados o se acredite la caducidad de la acción de nulación o su desestimación firme<sup>24</sup>.

La doctrina ha señalado que es criticable que la LC no siga el mismo criterio de cierre registral en relación con los actos dispositivos realizados en contra de

lo dispuesto en la inscripción del convenio por significar esto «un retroceso en el entendimiento de que al Registro solo deben acceder títulos plenamente válidos y perfectos, y no actos anulables, rescindibles o impugnables»<sup>25</sup>. En este sentido, PAU PEDRÓN ha indicado que la inscribibilidad del acto anulable, que es como califica al acto infractor, no la considera acertada, pues siendo la validez presupuesto de la inscripción (art. 18 LH), «se defrauda la confianza de quien utiliza un instrumento previsto en el Ordenamiento para garantizar la seguridad jurídica»<sup>26</sup>.

El menor rigor para los actos contrarios a las medidas impuestas en el convenio se ha asociado por la doctrina con la posibilidad que tiene el acreedor de pedir que se declare en dicho caso el incumplimiento del convenio (art. 137.1, 143.1.5.º, 145 y 164.2.3.º LC)<sup>27</sup> o bien con el distinto origen de las limitaciones y prohibiciones, en un caso legal (art. 40 LC) y en otro convencional (art. 137 LC)<sup>28</sup>.

La duración de las medidas impuestas se extendería temporalmente hasta el cumplimiento del convenio y la caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, su desestimación por resolución firme (arts. 141 y 176.1.2.º y 178 LC) o hasta que se produzca la apertura de la fase de liquidación (art. 145.1 LC).

### III. LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS PROHIBITIVAS O LIMITATIVAS IMPUESTAS AL CONCURSADO EN EL CONVENIO

El artículo 1162 del Código Civil de 1829 establecía que el concursado convenido quedaba intervenido por un acreedor, por mandato legal, durante el periodo de cumplimiento del convenio<sup>29</sup>. La LC actual no prevé un mandato semejante pero prevé la posibilidad de pactar estipulaciones en convenio que supongan prohibiciones o limitaciones del deudor en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición. Estas tendrían pues, en principio, un origen convencional y serían fruto de la autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código Civil).

Partiendo de estas premisas cabe preguntarse si dichas medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor que el convenio puede establecer constituyen *limitaciones a la capacidad de obrar del concursado convenido, prohibiciones de disponer o administrar* que recaen directamente sobre sus bienes integrados en la masa activa, o bien son *meras obligaciones de no enajenar o no gravar*.

#### 1. LIMITACIONES A LA CAPACIDAD DE OBRAR

En el sentido de que el convenio puede imponer limitaciones a la capacidad de obrar del deudor, se pronuncia CURIEL LORENTE.

Para este autor el convenio ha de ser objeto de publicidad registral ya que «*ante todo constituye un presupuesto para la calificación del registrador*. Los documentos que se presenten con posterioridad y se refieran a bienes inscritos a nombre del concursado serán examinados *tomando en consideración el régimen de capacidad impuesto al titular en función de la fecha en que los actos fueron otorgados*»<sup>30</sup>.

También en esta línea cabe citar a GUILARTE MARTÍN-CALERO, para quien de los artículos 133 y 137 de la LC, interpretados sistemáticamente, se deduce que de no establecerse otra cosa, la aprobación del convenio implica la extinción de los efectos del concurso, y por lo tanto, de las limitaciones de las facultades

des de administración y disposición del deudor que se adoptaron en el auto de declaración de concurso, recuperando el deudor su plena capacidad de obrar y su posibilidad de desenvolverse libremente en su esfera patrimonial inter vivos, cesando en su cargo los administradores concursales. Pero «se permite reflejar en el convenio medidas prohibitivas o limitativas de las facultades de administración o disposición que sustituirán a las que, en su día, adoptó el Juez del concurso en el auto de declaración o en el de modificación de medidas; esta sustitución debe reflejarse, asimismo, en los Registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por aquella sustitución (art. 137.2)». La autora señala que cabe colocar al deudor bajo un régimen de asistencia si se establecen medidas limitativas de sus facultades o bien colocarle bajo un régimen de representación si se establecen medidas prohibitivas, suspendiendo su actividad patrimonial y retirándole sus facultades de administración y disposición. La adopción de estas medidas «persigue garantizar el cumplimiento del convenio» y «puede instrumentarse de formas muy variadas», así: «seguir un sistema de lista en donde se establecen expresamente los actos o negocios cuya conclusión está vedada al concursado convenido o para la cual necesita la autorización de las personas designadas en el convenio»; describir los rasgos de los actos que no puede concluir por sí mismo o por sí solo; actos de extraordinaria administración, actos de disposición...; aludir a la naturaleza de los bienes y derechos sobre los que va a recaer la limitación o prohibición: bienes muebles de extraordinario valor, bienes inmuebles, bienes y derechos que se enmarquen en la actividad profesional o empresarial del deudor...»<sup>31</sup>.

Todo lo cual sería congruente con el contenido de los artículos 133.2 y 133.4 LC, según los cuales es posible encomendar determinadas funciones en el convenio a los administradores concursales, lo que no excluye la posibilidad de designar a personas distintas y que no formasen parte de la administración concursal<sup>32</sup>.

## 2. PROHIBICIONES DE DISPONER

La inscribibilidad de los actos contrarios a las medidas impuestas en el convenio podría ser un argumento a favor de que las mismas no constituyen más que obligaciones de no disponer o de no administrar, pues las verdaderas prohibiciones generan cierre registral (art. 145 RH). Además quedaría patente la validez y eficacia del acto contrario (art. 18 LH)<sup>33</sup>.

Pero la propia solución legal (la acción de reintegración perjudicará a cualquier titular registral) evidencia que el acto contrario se ve afectado en su eficacia, si bien no en su eficacia inicial (como ocurre en el caso de los actos realizados en contra de la intervención o suspensión decretada en el auto de declaración del concurso), sino cuando se ejercita la acción rescisoria, por lo que el acto es claudicante y tiene una eficacia provisional. De ahí su inscribibilidad. Además, como la finalidad de estas medidas es impedir la realización de actos contrarios, «es más razonable, por ello, entender que tales actos se verán afectados en su eficacia», siendo la restitución del bien una consecuencia de su ineficacia sobrevenida. Habría que determinar únicamente, si la acción de reintegración se basa en la ineficacia del acto por contrariar las medidas prohibitivas o limitativas (porque ha sido realizado por un sujeto que carece de facultades de administración o disposición por haber sido privado de ellas en convenio), o se basa en el perjuicio que el acto puede ocasionar a la masa activa, como sucede con las acciones rescisorias del artículos 71 y siguientes LC. MARTÍNEZ FLÓREZ, tras

estos razonamientos termina concluyendo que la norma permite a los interesados prolongar la situación en que se encontraba el concursado antes de la aprobación del convenio «de manera que la prohibición legal o judicial de disponer y administrar que finaliza con la aprobación judicial del convenio se sustituye por una *prohibición de disponer y de administrar convencional*»<sup>34</sup>.

A pesar de lo que indica el artículo 27 LH<sup>35</sup>, las medidas prohibitivas o limitativas son inscribibles en el Registro de la Propiedad porque provienen de un convenio sancionado por la autoridad judicial, y cuya inscripción está prevista en la LC<sup>36</sup>.

También consideraría que la naturaleza de estas medidas es la de prohibiciones de disponer que imponen limitaciones al dominio del concursado (restricciones al *ius disponendi*), CARRASCO PERERA, quien señala: «las medidas prohibitivas o limitativas del poder de disposición o de administración no procederán ahora de la Ley, sino del convenio. Es curioso que estemos ante el único caso conocido de *renuncia* o limitación convencional del poder de disposición conocido en nuestro Derecho que tiene su fuente en un acuerdo colectivo y no en un contrato que crea una prohibición de disponer»<sup>37</sup>. Coherente con la naturaleza que atribuye a estas medidas el autor se sorprende de que la inscripción de las medidas no tenga más efecto que enervar la fe pública registral y no determine el cierre registral para el acto de disposición realizado *por el no legitimado para disponer*<sup>38</sup>. Cabe incluir también en esta posición a GUTIÉRREZ GILSANZ<sup>39</sup>.

### 3. MERAS OBLIGACIONES DE NO DISPONER O NO ADMINISTRAR

Esta sería la posición mantenida por CORDÓN MORENO, para quien las medidas prohibitivas o limitativas, por lo menos estas últimas, *no tienen el carácter de verdaderas prohibiciones de disponer que condicionen la eficacia del acto*. Las partes (deudor y acreedores) pueden «configurar convencionalmente (aunque sometido a la aprobación judicial) el estatuto jurídico del concursado respecto a la administración y disposición de sus bienes para la fase de cumplimiento [del convenio]» sin más límite que «los previstos con carácter general para la autonomía de la voluntad y los derivados de los deberes generales establecidos a cargo del deudor en el artículo 42, que subsisten (art. 133.2) y no pueden ser derogados convencionalmente». En todo caso, tales medidas serían de interpretación estricta al excepcionar la libre actuación del deudor y propietario<sup>40</sup>.

A favor de esta posición cabe citar también a CABANAS TREJO<sup>41</sup>. Este autor considera que la acción de reintegración de la masa de que habla el artículo 137.2 LC no es una acción cuyo presupuesto de ejercicio sea la infracción de las medidas prohibitivas o limitativas impuestas en el convenio, sino la acción de reintegración del artículo 71 LC (que exigiría el perjuicio para la masa) o la acción revocatoria o pauliana del artículo 1111 (que exigiría el fraude). Por eso señala que para que el adquirente del concursado quede afectado por tales acciones, basta la concurrencia del supuesto de hecho (*perjuicio o fraude*) de la correspondiente acción (y *no la mera infracción de unas medidas limitativas o prohibitivas impuestas en el convenio, que como tal no le afectan, al no tener la condición de acreedor concursal (y parte en el convenio) y tener aquellas una naturaleza personal, salvo que consten inscritas previamente (en cuyo caso estarían dotadas de oponibilidad erga omnes)*). Ahora bien, para evitar el surgimiento de un tercer subadquirente posterior, protegido por la fe pública registral (arts. 73.2 LC y 34 y 37 LH), sí sería precisa la inscripción de tales medidas, pues la mera constancia registral de

la situación concursal (inscripción de concurso del art. 24.4 LC) no bastaría para que las acciones mencionadas pudieran oponérsele, dado «el efecto recuperador de la normalidad gestora que tiene la aprobación del convenio, sobre todo en la perspectiva de la LC de ser un convenio de continuación». Por ello el artículo 137.2 LC señala que la inscripción (*facultativa*) de tales medidas producirá el efecto de que la acción de reintegración de la masa que, *en su caso*, se ejercite, *si hay perjuicio o fraude*, con independencia de que se hayan cumplido o no tales medidas, perjudique a *cualquier titular registral*. Si tales medidas no se inscriben, entonces habrá que aplicar las reglas generales sobre la situación subjetiva del subadquirente posterior (art. 34 y 37 LH)<sup>42</sup>.

#### 4. ARGUMENTOS Y CONTRAARGUMENTOS EN FAVOR DE UNA Y OTRA POSICIÓN

Tanto la doctrina como la jurisprudencia del TS califican al convenio concursal de negocio *sui generis*, semejante a una transacción, pero con un marcado carácter público, evidenciado por la necesaria intervención judicial.

Fijándonos en el carácter transaccional del convenio de acreedores, cabría pensar que las limitaciones o prohibiciones impuestas en el mismo al concursado por convenio de masa son *meras obligaciones*, y no genuinas prohibiciones de disponer que supongan una limitación para las concretas propiedades del concursado afectadas por la prohibición, teniendo presente, por un lado, los artículos 26.3.<sup>a</sup> y 27 LH, y por otro, la opinión de ALBALADEJO, el cual, partiendo de tales preceptos, considera que «queda, pues, excluida, la posibilidad de establecerlas [las prohibiciones] en *actos onerosos*... En estas hipótesis cabe, sin embargo, que *se asuma la obligación de no disponer*; en cuyo caso, el propietario, *conserva el poder de disponer, aunque si incumple su obligación, habrá lugar a los efectos del incumplimiento de estas*» (cva. ntra.)<sup>43</sup>.

Ahora bien, incluso en este supuesto, previendo la LC en su artículo 137 la inscribibilidad, podría pensarse que considerando la LC que son meras obligaciones desea su oponibilidad *erga omnes* mediante la inscripción (excepcional) de las mismas<sup>44</sup>. En cuyo caso, su infracción no solo daría lugar al incumplimiento del convenio (art. 137.1 LC), sino a la reintegración del bien salido indebidamente de la masa activa, haya habido o no, perjuicio a la masa o fraude a los acreedores (art. 137.2 LC), pues tales medidas *también pretenderían proteger el cumplimiento estricto del contenido normativo del convenio*.

Desde otra perspectiva, teniendo presente la necesaria intervención judicial para la aprobación del convenio, podría pensarse que tales prohibiciones tienen su origen en la resolución judicial que las aprueba y que, por lo tanto, podrían encuadrarse en el artículo 26.2.<sup>a</sup> LH como prohibiciones de disponer con eficacia real (si bien el asiento a practicar, en este caso, sería el de inscripción por exigencias de la ley especial concursal y no el de anotación preventiva).

A favor de esta postura también cabría alegar que el propio artículo 137 LC parece entender que las prohibiciones afectan directamente a los bienes («las medidas prohibitivas o limitativas serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos *afectados por ellas*»). Y enlazando con la *renuncia al poder de disposición* de que habla CARRASCO PERERA, hay que tener presente que un convenio transaccional, puede contener recíprocas concesiones, que según doctrina jurisprudencial reiterada «no tienen que tener, necesariamente, carácter patrimonial, ni ser equivalentes»<sup>45</sup>, por lo que tales limitaciones o *renuncias dispositivas* podrían

ser una recíproca concesión contenida en el convenio de masa, *acto en el que se podrían establecer tales limitaciones al dominio afectantes al propietario actual y no al propietario sucesivo, pues en este caso, tal renuncia o limitación al poder dispositivo tendría un soporte causal en las recíprocas concesiones efectuadas por los acreedores en el convenio*<sup>46</sup>.

Lo que parece que no cabría entender es que estamos en presencia de limitaciones a la capacidad de obrar (salvo que se considerase que derivan de la aprobación judicial), pues la capacidad de obrar es indisponible y no puede ser objeto de contrato (arts. 1271-1273 del Código Civil). Ahora bien, como se entiende que estas medidas sustituyen las adoptadas en el auto declaratorio del concurso, los autores que defienden que aquel auto afecta a la capacidad de obrar (como GÓMEZ GÁLLIGO), en buena lógica consideran que las medidas sustitutivas afectan a aquella<sup>47</sup>.

#### IV. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DE LAS MEDIDAS PROHIBITIVAS O LIMITATIVAS

Como señala MARTÍNEZ FLÓREZ, pueden distinguirse consecuencias sobre el propio convenio y sobre los actos realizados en contravención de las medidas.

##### 1. CONSECUENCIAS SOBRE EL PROPIO CONVENIO

La realización de actos dispositivos en contra de las limitaciones impuestas al concursado en el convenio supone incumplimiento de este (art. 137.1 LC), lo que debe ser declarado judicialmente (art. 143.1.5.º LC). En dicha resolución judicial el juez acordará la apertura de la fase de liquidación (art. 143.2 LC) y durante ella el concursado estará sujeto a la suspensión de sus facultades de administración y disposición (art. 145.1 LC), reponiéndose en su cargo a los administradores concursales, o bien, nombrándose a otros. Además el concurso se calificará como culpable (art. 164.2.3.º LC). Pese a la literalidad del artículo 137.1 LC, que atribuiría legitimación para solicitar la declaración de incumplimiento del convenio *a cualquier acreedor* (incluso acreedores privilegiados no afectados por el convenio, acreedores de la masa o acreedores surgidos con posterioridad a la eficacia del convenio), MARTÍNEZ FLÓREZ considera que tal legitimación hay que entenderla referida a *los acreedores afectados por el convenio, que son parte en el mismo*, ya que las medidas se introdujeron para proteger a los mismos, *si bien no sería imprescindible que se vieran afectados por la vulneración de tales medidas* (cfr., art. 137.1 y 140.1 LC)<sup>48</sup>. También tendría legitimación para pedir la declaración de incumplimiento del convenio el órgano encargado de vigilar el cumplimiento del mismo, o al que se le haya atribuido el ejercicio de facultades restringidas al concursado, *siempre que así se hubiera previsto en el convenio*<sup>49</sup>. La acción se tramita por el cauce del incidente concursal (art. 140.2 LC) en el plazo indicado en el artículo 140.1 LC.

La cuestión de la legitimación activa para la declaración de incumplimiento del convenio no es pacífica en la doctrina pues, apartándose de las consideraciones que hace MARTÍNEZ FLÓREZ, CORDÓN MORENO entiende que *no puede limitarse a los acreedores afectados por el convenio* (art. 134 LC), *ya que la Ley parte en el artículo 137.1 de que «el incumplimiento que supone la infracción de las medidas limitativas o prohibitivas afecta a todos los acreedores, ya que no limita la legiti-*

mación para ejercitarla «a cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte» (art. 140.1 LC) sino que la reconoce a todos ellos (art. 137.1 LC)» y por otro lado, la legitimación «no puede ser objeto de más limitaciones que las previstas expresamente en la ley y después de haber sido objeto las mismas de una interpretación conforme al principio *pro actione*», pues el limitar el acceso a la jurisdicción, afecta al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE<sup>50</sup>.

GUILARTE MARTÍN-CALERO considera que la legitimación activa para solicitar la declaración judicial de incumplimiento del convenio «es más amplia que la que contempla el apartado primero del artículo 140, «en el correcto entendimiento de que tal actitud desleal del deudor tiene consecuencias negativas para todo el conjunto de los acreedores»<sup>51</sup>, opinión que compartimos y que guardaría relación también con la sanción prevista para el acto contradictor *que es, en nuestra opinión, la ineficacia (rescisión), por el mero hecho de la contravención de las medidas.*

La declaración de incumplimiento del convenio por infracción de las medidas prohibitivas o limitativas impuestas en el convenio puede, pues, ser solicitada del juez *por cualquier acreedor (art. 137.1 LC) y no solo por el acreedor afectado por el incumplimiento (art. 140 LC)*. También puede ser solicitada, *si así se previó en el convenio*, por el órgano constituido para la supervisión y vigilancia de su cumplimiento o por los administradores concursales, que han dejado de actuar como tales, pero a los que se ha encomendado la autorización de determinados negocios jurídicos, no ya como órganos del concurso, sino como mandatarios de los acreedores. La declaración de incumplimiento del convenio (art. 140.4 LC) y la apertura de oficio de la liquidación concursal (art. 143.1.5.º LC) no conllevan necesariamente la reintegración del bien enajenado en contravención de las limitaciones o prohibiciones impuestas en el convenio», *sino que requiere del específico ejercicio de la acción de reintegración*<sup>52, 53</sup>.

La acción de declaración de incumplimiento del convenio tiene carácter resolutorio del convenio (como negocio jurídico contractual que es). La resolución del convenio supone «el resurgimiento de los créditos, que vuelven al estado que tenían antes de la aprobación judicial del convenio... para poder participar en la liquidación concursal. Ahora bien, la eficacia desaparece solo con respecto a las quitas parciales y a las esperas... En cambio, no desaparecen el resto de negocios contenidos del convenio que tengan que ver con la reestructuración del pasivo (como daciones en pago o enajenaciones a tercero de unidades productivas)...»<sup>54</sup>.

Solo si tales negocios se hicieron en contravención de medidas limitativas de las facultades patrimoniales del deudor concursado, *que son medidas aseguradoras del cumplimiento de los términos del convenio*, podrán ser declarados ineficaces, mediante el ejercicio de la acción del artículo 137.2 LC, lográndose la reintegración de los bienes a la masa activa del concurso.

De manera que no habiéndose establecido tales medidas, si dichos negocios se realizaron en cumplimiento del contenido normativo del convenio (pero incumpliendo sus precisos términos), el adquirente del concursado no podrá verse afectado por la resolución del convenio, pues adquirió del *verus dominus, siendo el convenio concursal (que es convenio de masa), res inter alios acta*. Se trata de una consecuencia de la relatividad del contrato (sin perjuicio del ejercicio de la acción revocatoria o pauliana, basada en el fraude (art. 1111 del Código Civil), o de la acción rescisoria concursal, basada en el perjuicio (arts. 71 y sigs. LC), que podría ser aplicada por analogía.

La única manera, pues, *de que los estrictos términos del convenio, en cuanto al modo y forma en que han de verificarse los contratos previstos en el mismo,*

*perjudique al tercer adquirente del concursado (y subadquirentes posteriores) es imponiendo al concursado prohibiciones y limitaciones a sus facultades patrimoniales aseguradoras de tales términos, y dándoles la correspondiente publicidad registral, pues de lo contrario podrían surgir terceros hipotecarios frente a las prohibiciones o limitaciones no inscritas (arts. 34 y 37 LH). De ahí la importancia del tracto sucesivo para hacer realidad las previsiones de publicidad de los artículos 132 y 137 LC (y con mayor motivo si se considerase que tales prohibiciones son meras obligaciones de no disponer)<sup>55</sup>.*

2. CONSECUENCIAS SOBRE LOS ACTOS REALIZADOS EN CONTRAVENCIÓN DE LAS MEDIDAS ESTABLECIDAS EN EL CONVENIO. LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN DEL ARTÍCULO 137.2 LC

El ejercicio de la acción de reintegración del artículo 137.2 LC es independiente de la declaración judicial de incumplimiento del convenio, pues puede solicitarse esta y no ejercitarse aquella y viceversa.

A) *Discusión sobre la naturaleza y fundamento de la acción*

Existe un intenso debate doctrinal sobre la naturaleza de esta acción que pasamos a exponer a continuación.

a) Acción de nulidad

Esta parecería ser la naturaleza que GÓMEZ GÁLLIGO atribuye a la acción de reintegración del artículo 137.2 LC. Lo que deducimos de los textos que transcribimos a continuación: «lo que el artículo 137.2 LC quiere decir o debió decir, es que la inscripción del convenio no cierra el Registro pero hace oponible frente a tercer adquirente la *acción de nulidad del acto realizado en su contravención*. Sería una aplicación concreta en sede concursal de lo dispuesto con carácter general en el artículo 37 de la LH, que considera oponible frente a terceros adquirentes las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a *causas que consten explícitamente en el Registro (art. 37.1 de la LH)*». «En realidad, cuando el artículo 137.2 se refiere a la posibilidad de ejercitar acción de reintegración contra el tercer adquirente *que conoció la situación concursal y la existencia de un convenio a través de la publicidad registral, está hablando de la oponibilidad frente a terceros de acciones de nulidad por incumplimiento de lo dispuesto en el convenio*». Pues propiamente, la acción de reintegración tiene lugar en una fase anterior al convenio y respecto de actos del concursado anteriores a la declaración de concurso (art. 71 LH). «A lo sumo podría decirse que el artículo 137.2 regula unas acciones de reintegración de la masa atípicas, ya que se producen con posterioridad al convenio» y no van dirigidas a determinar la masa activa del concurso<sup>56</sup>, sino a conservarla.

b) Acción de anulabilidad o impugnación

PAU PEDRÓN considera que como no resultaría lógico que las consecuencias de un acto contra convenio fueran mayores que las consecuencias



de un acto contra ley, los actos contrarios a las prohibiciones del convenio son *anulables* (por analogía con el art. 40.7 LC) y *no rescindibles*. «La LC, en el artículo 137, se limita a hablar de «acción de reintegración». «Y aunque los artículos 71 y siguientes LC parten del paralelismo acto rescindible/acción de reintegración, esa correlación no es absolutamente necesaria: cabe la reintegración —que no es más que la vuelta al patrimonio originario— derivada del ejercicio de una acción de anulación. *La cuestión de fondo que se plantea, en esta materia, es la de si es necesario, para la efectividad de la reintegración, que se acredite la intención fraudulenta o el perjuicio de los acreedores, o basta con acreditar el incumplimiento de una limitación impuesta en el convenio. Precisamente porque considero que no se trata de rescisión, resulta suficiente, a mi juicio, con que se acredite el incumplimiento*»<sup>57</sup>. La legitimación para el ejercicio de la acción se atribuiría a cualquier acreedor por el artículo 137 LC, frente a la legitimación que el artículo 72 LC atribuiría a la administración concursal<sup>58</sup>.

El acto realizado por el concursado con el primer adquirente (acto prohibido) es anulable. Si se ejercita la acción de impugnación y se estima, se cancelará la inscripción (arts. 33 y 79.3.º LH). El negocio que realice el primer adquirente con el subadquirente, no es anulable, puesto que no infringe la prohibición del convenio, si bien la titularidad del transmitente es claudicante, lo cual es sanado por el artículo 34 LH. Para PAU *la constancia registral de las prohibiciones y limitaciones convenidas no equivale a la constancia de la causa de nulidad*, precisamente porque el artículo 137 LC ordena inscribir por igual títulos válidos e inválidos, de manera que «*el subadquirente nunca sabrá si por haberse vulnerado una prohibición o limitación convencional, su título será atacable, o, por no haberse vulnerado, su título será inatacable. Cuando el artículo 34 de la LH habla de la constancia de la “causa de nulidad”, no se está refiriendo a una mera probabilidad de nulidad, [que sería lo que figuraría en la inscripción del convenio] sino a la publicidad de una causa que determine la ineficacia*»<sup>59</sup>. Para PAU el artículo 137.2 LC protege a los acreedores en perjuicio de los terceros y no encajando bien en nuestro sistema hipotecario. Para paliar sus consecuencias inadecuadas el artículo 137.2 LC *debería complementarse con una norma que exigiera hacer constar en el acta de inscripción del derecho del adquirente, y en las de los subadquirentes, la circunstancia de que el «el derecho se ha adquirido con vulneración de las prohibiciones o limitaciones inscritas, y por tanto, que el derecho queda sujeto al posible ejercicio de la acción de reintegración. En este caso sí puede decirse que consta en el Registro la “causa de nulidad” a que se refiere el artículo 34 de la LH, y el subadquirente resultaría afectado por ella. La constancia registral de esas circunstancias debería complementarse con la advertencia, en la nota de despacho, de la infracción y de su consecuencia*»<sup>60</sup>. «Podría pensarse que esa advertencia de impugnabilidad está ya en la ley, y que la publicidad legal es superior a la publicidad registral, y hace innecesaria esta última. Pero una de las funciones del Registro es precisamente limitar las oponibilidades *ex lege*»<sup>61</sup>.

La anulabilidad de los actos contrarios desaparecería si el acto es ratificado por los administradores concursales (si subsisten tras el convenio) y por conclusión del concurso por las causas del artículo 176 LC<sup>62</sup>.

También es la opinión de GUILARTE MARTÍN-CALERO, quien considera que la acción de reintegración es una acción de impugnación de contrato anulable, siendo aplicable por analogía el artículo 40.7 LC y pudiendo la administración concursal convalidar o confirmar el acto contradictor<sup>63</sup>.

c) Acción rescisoria

Es la opinión de CARRASCO PERERA. El efecto de la publicidad registral de las medidas limitativas o prohibitivas sería el de «evitar la situación de irreivindicabilidad del artículo 73.2 LC, cuando se ejercita una acción revocatoria concursal». Si bien el artículo 137 no puede referirse a la acción rescisoria concursal, pues la reintegración de la masa del artículo 71 LC es un efecto del concurso, y tales efectos cesan con la aprobación del convenio, sí puede referirse a las otras acciones de impugnación que menciona el artículo 71.6, y por lo tanto, a la revocatoria ordinaria del artículo 1111 del Código Civil, «con sus requisitos constitutivos de subsidiariedad y prueba del *consilium fraudis*», acción no condicionada a la subsistencia de los efectos del concurso, e inmune a la aprobación del convenio. Aunque el efecto de la inscripción registral no es «preconstituir la existencia de fraude, sino hacer irrelevante los efectos de la posible buena fe del tercero que inscribe posteriormente», a efectos prácticos, habría que considerar que «existe constancia del fraude por el mero hecho de que la limitación dispositiva se hallaba inscrita, y se presume conocida por el adquirente». La acción del artículo 137 LC no puede ser la acción de nulidad por falta de poder de disposición, porque si así fuera, tal nulidad debería haber sido apreciada por el registrador y negada la inscripción del título. «Pero si el artículo 137 LC permite (y exige) que el registrador proceda a la práctica del asiento, y no ha limitado para ello sus competencias de calificación, es porque el título inscribible es *prima facie* válido». No obstante, existen problemas de legitimación, pues el artículo 72 LC se aplica a cualquier acción de reintegración y presupone la existencia de la administración concursal y una legitimación subsidiaria de los acreedores. Para CARRASCO PERERA, «el artículo 72.1 acabará sacrificándose en favor del artículo 137 LC, y la legitimación para las “otras” acciones impugnatorias se construirá conforme al Derecho común, salvo que en el convenio se haya pactado (cfr. art. 133.II LC) una continuidad de la administración con efectos limitados, uno de los cuales puede ser la de permitir el juego de la legitimación procesal escalonada del artículo 72.1 LC»<sup>64</sup>.

También CORDÓN MORENO considera que estamos en presencia de una acción de rescisión ya que para su ejercicio debe existir un perjuicio conforme al artículo 71 LC, no pudiendo fundarse exclusivamente en la infracción de las medidas, pues ello supondría tipificar dicha infracción como causa de rescisión<sup>65</sup>.

Finalmente cabe citar a CÚRIEL LORENTE, quien también se muestra partidario de la naturaleza rescisoria de la acción del artículo 137.2 LC, al señalar que los actos contrarios «solo quedan sometidos al posible ejercicio de acciones de reintegración. Atendiendo al origen voluntario de la restricción impuesta, se elude la sanción habitual de nulidad por la infracción de la prohibición legal o judicial y se deja a la voluntad de los acreedores la posibilidad de impugnar o no dichos actos, en función del perjuicio que les hayan ocasionado. Se ha preferido, por tanto, aplicar a estos actos el régimen de rescindibilidad»<sup>66</sup>. Los actos contrarios a las medidas adoptadas en convenio, pues, quedan sujetos a un régimen de rescindibilidad similar al de los artículos 71 y siguientes LC, previsto para los actos perjudiciales para la masa activa realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso, sin que resulte claro si el motivo de la rescisión es la propia infracción del convenio o la existencia de una intención fraudulenta, o por lo menos, un perjuicio a los acreedores. Para el autor «este último requisito resulta necesario y suficiente de acuerdo con el régimen general de la rescisión de actos en perjuicio de acreedores»<sup>67</sup>.

Si bien en nuestro sistema las prohibiciones de disponer no acceden al Registro si se impusieron en actos a título oneroso (art. 27 LH), o si acceden (art. 26 LH), cierran el registro al acto contrario, en el artículo 137 LC, la constancia de la limitación en el registro no produce tal cierre para el acto contradictor. «Esto que puede resultar de acuerdo con la naturaleza convencional de la limitación impuesta [a diferencia de la impuesta en el auto declaratorio del concurso, de origen judicial], no resulta conforme con el hecho mismo de su inscripción»<sup>68</sup>. Pero el acto contrario inscrito queda sujeto a *rescisión* afectando a sucesivos adquirentes por efecto de la constancia registral de la limitación, indefinidamente, «hasta que sea cancelada la restricción, lo que no ocurrirá mientras no se cancele la inscripción del convenio, por su cumplimiento o por la terminación de la liquidación a que, en su caso, se hubiera dado lugar. Cabe pensar que sea aplicable a este tipo de actos la excepción que, en materia de acciones de reintegración, establece para los actos ordinarios del giro o tráfico de la empresa el artículo 71.5 LC»<sup>69</sup>.

d) La acción de reintegración del artículo 137.2 LC como una acción rescisoria

Esta es la posición que nos parece más convincente entre las diversas opiniones doctrinales formuladas.

Sea una u otra la naturaleza de las medidas prohibitivas o limitativas establecidas en el convenio, lo cierto es que su finalidad, en nuestra opinión, es *asegurar el contenido normativo del convenio y evitar que en la enajenación de bienes verificada durante la fase de cumplimiento del convenio se produzca cualquier perjuicio a los acreedores*, determinando la inscripción de las mismas, su oponibilidad *erga omnes*, como señala la RDGRN de 2 de marzo de 2013<sup>70</sup>.

Su falta de inscripción (si la medida tiene mera naturaleza obligacional), implicará, en caso de infracción, incumplimiento del convenio, *pero no afectará a la validez ni firmeza del acto realizado con un tercero ajeno al mismo (ni tampoco al subadquirente posterior), salvo lo dispuesto en el artículo 37.4.º LH y 72.3 y 73 LC*, es decir, que estemos en presencia de una enajenación fraudulenta (arts. 1111 *in fine* y 1291.3.º del Código Civil) o bien de un perjuicio objetivo a la masa (*arg. ex art. 71 y sigs. LC*). Esta naturaleza de las medidas abonaría aún más la necesidad de tracto sucesivo (previa inscripción del convenio y su contenido, para poder inscribir el acto dispositivo posterior), pues dicho tracto sucesivo facilitaría la oponibilidad *erga omnes de las mismas*, en cuyo caso *cabría ejercitar una acción rescisoria contra el acto infractor por el mero hecho de la infracción*.

Si las medidas tienen naturaleza real y *no constan inscritas*, su infracción supondrá incumplimiento del convenio y además, afectará a la firmeza del acto realizado por el concursado con el tercer adquirente, pues tal acto infractor, *por el hecho de serlo, será rescindible y claudicante* (si bien no nulo, ni anulable y por ello inscribible *ex art. 18 LH*). Pudiendo surgir un tercer subadquirente amparado por los artículos 34 y 37 LH, frente al cual, no cabría la reintegración en beneficio de la masa del concurso (art. 137.2 LC *a sensu contrario*). Por el contrario, la inscripción de estas medidas permitirá que *la acción rescisoria contra el acto infractor fundada en la mera infracción del convenio, perjudique a cualquier titular registral*.

La inscripción de las medidas prohibitivas o limitativas, por lo tanto, sea una u otra su naturaleza, no produce cierre registral para el acto contrario (lo que supone una excepción al art. 145 RH). Pero la acción de reintegración que

en tal caso puede ejercitarse perjudicará a todo titular registral (incluso al que ignoraba la existencia de las medidas en el momento de otorgamiento de la escritura y tuvo un conocimiento posterior al asentarse antes en el Registro, por exigencia del tracto sucesivo, la sentencia aprobatoria del convenio y las medidas impuestas (arts. 132 y 137 LC).

Declarado el incumplimiento del convenio, abierta la liquidación y restablecida la administración concursal, la legitimación para el ejercicio de la acción correspondería a *cualquier acreedor*, es decir, no se aplicaría ni el artículo 40.7, ni el artículo 54.4, ni el artículo 72 LC, sino el artículo 137.1 LC *por analogía*, pues si cualquier acreedor puede pedir lo más (declaración de incumplimiento del convenio), puede pedir lo menos, o sea, la consecuencia de tal incumplimiento, esto es, la reintegración del bien salido indebidamente de la masa activa del concurso (art. 137.2 LC).

La demanda se dirigirá contra quienes hubieren sido parte en el acto infractor y contra los subadquirentes posteriores (*arg. ex.* art. 72.3 y 137.2 LC), tramitándose por los cauces del incidente concursal (*arg. ex.* arts. 40.7, 72.4 y 140.2 LC). El ejercicio de la acción conllevará la restitución del bien objeto del mismo a la masa activa, salvo que el bien esté en manos de un tercero hipotecario por no haberse dado publicidad a las medidas (el registrador no las calificó como inscribibles) y ostentar buena fe y los demás requisitos de los artículos 34, 37 y 40 *in fine* LH.

Si el concursado ingresó en la masa activa del concurso la contraprestación recibida, la administración concursal estará obligada a su restitución a la parte afectada por la ineficacia (*arg. ex.* art. 1308 del Código Civil y 1295 del Código Civil), teniendo dicho crédito la consideración de crédito contra la masa (*arg. ex.* art. 84.2.8.º y 73.3 LC). Si el concursado no la puso a disposición de la masa activa, entonces la contraparte deberá exigir la restitución al concursado y no al concurso<sup>71</sup>.

*Si la acción se ejercita sin previa declaración judicial del incumplimiento del convenio*, la legitimación para su ejercicio durante la fase de cumplimiento del convenio corresponderá, según MARTÍNEZ FLÓREZ, a quienes hubiese determinado el propio convenio (art. 133.2 LC). Si el convenio no atribuye legitimación a los acreedores individualmente considerados, estos solo podrán solicitar la declaración judicial de incumplimiento del convenio (art. 137.1 LC), en el plazo indicado en el artículo 140.1 LC<sup>72</sup>.

## V. CONCLUSIONES

I. Las medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de sus facultades de disposición y administración, impuestas al concursado en el convenio, cualquiera que sea su naturaleza (limitaciones a la capacidad de obrar; prohibiciones de disponer o meras obligaciones de no disponer), tienen por finalidad *asegurar el cumplimiento del contenido normativo del convenio*, así como la evitación de perjuicios a los acreedores en la fase de cumplimiento del convenio.

II. Los estrictos términos del convenio, en cuanto al modo y forma en que han de verificarse los contratos previstos en el mismo, *perjudicarán a terceros subadquirentes únicamente si, además de imponerse al concursado prohibiciones y limitaciones de sus facultades patrimoniales aseguradoras de tales términos, se les da la correspondiente publicidad registral en el asiento que publica la sentencia aprobatoria del convenio y el contenido de este con trascendencia jurídico-real. Si las medidas se considera que tienen naturaleza obligacional, la publicidad registral,*

que les dotaría de oponibilidad erga omnes, sería necesaria para que afectasen al adquirente del concursado y el acto infractor quedase afectado de ineficacia.

III. La legitimación activa para solicitar la declaración judicial de incumplimiento del convenio, por infracción de tales medidas, corresponde a cualquier acreedor, puesto que la actitud desleal del deudor, realizando tales actos, afecta a todo el conjunto de acreedores, *lo que guarda relación con la sanción prevista para el acto contradictorio, que consiste en su rescisión, por el mero hecho de la contravención de las medidas impuestas.*

IV. Declarado el incumplimiento del convenio, la legitimación para el ejercicio de la acción de reintegración correspondería a cualquier acreedor (art. 137.1 LC *por analogía*).

V. El ejercicio de la acción de rescisión conllevará la *restitución* del bien objeto del mismo a la masa activa, salvo que el bien esté en manos de un tercero hipotecario por no haberse dado publicidad a las medidas (el registrador no las calificó como inscribibles al registrar la sentencia aprobatoria del convenio y el contenido de este con trascendencia jurídico real, como requisito de tracto sucesivo para la inscripción de los actos dispositivos otorgados por el concursado convenido) y ostentar buena fe y los demás requisitos de los artículos 34, 37 y 40 *in fine* LH.

#### VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 7 de noviembre de 2017
- AAP de Alicante (Sección 8.<sup>a</sup>), de 19 de julio de 2011
- RDGRN de 26 de enero de 2012
- RDGRN de 16 de febrero de 2012
- RDGRN de 18 de abril de 2012
- RDGRN de 2 de marzo de 2013

#### VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2002). *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. Barcelona: Librería Bosch, S. L.
- CABANAS TREJO, R. (2012). Convenio concursal y Registro de la Propiedad (RDGRN de 27 de febrero de 2012) en *Diario La Ley*, núm. 7883, 1-22 (formato electrónico).
- CARRASCO PERERA, A. (2004). Comentario al artículo 137 LC. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley Concursal. Vol. II*. Madrid: Tecnos, 1501-1507.
- CORDÓN MORENO, F. (2010). Comentario al artículo 137 LC. En: F. Cerdón Moreno (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 318-324.
- CANO MARCO F. y MARTÍN, A.J. (coord.). (2016). *Manual de Buenas prácticas concursales y registrales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- CURIEL, F. (2004). *Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.
- DÍAZ REVORIO, E. (2016). Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 39, 149-200 (en formato electrónico, 1-50).
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (2014). *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*. Tomo II. Madrid: Thomson-Civitas.

- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2004) (1). Comentario al artículo 24 LC. En: J. Sánchez Calero y V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo I*. Valladolid: Lex Nova, 531-551.
- (2004) (2). Comentario al artículo 132 LC. En: J. Sánchez Calero y V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo I*. Valladolid: Lex Nova, 2457-2462.
- (2004) (3). Comentario al artículo 137.2 LC. En: J. Sánchez Calero y V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo I*. Valladolid: Lex Nova, 2509-2513.
- (2016). Derechos reales y concurso de acreedores (1) en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 25, 1-14 (formato electrónico).
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2004). Comentario al artículo 137.1 LC. En: J. Sánchez Calero y V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo I*. Valladolid: Lex Nova, 2499-2508.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2017) (1) Comentario al artículo 132 LC. Publicidad de la sentencia aprobatoria. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer, 1485.
- 2017 (9). Comentario al artículo 137 LC. Facultades patrimoniales del concursado convenido. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer, 1510-1514.
- 2017 (10). Comentario al artículo 140 LC. Incumplimiento. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer, 1527-1535.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2017) (1). La anotación preventiva de concurso. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2724-2749.
- (2017) (2). La inscripción de actos registrables en la fase de convenio del concurso de acreedores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, 3303-3326.
- (2018). Tracto sucesivo y convenio concursal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 766.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004). Comentario al artículo 137 LC. En: A. Rojo y E. Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo II. Madrid: Civitas Ediciones S.L., 2249-2564.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2004). Comentario al artículo 132 LC. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal. Vol. II*. Madrid: Tecnos, 1448-1460.
- PAU PEDRÓN, A. (2004). *Las limitaciones patrimoniales del concursado*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España: Madrid.
- SÁNCHEZ RUS, H. y SÁNCHEZ RUS, A. (2004). Comentario del artículo 132. En: A. Rojo y E. Beltrán (dir.), *Comentario de la Ley Concursal. Tomo II*. Madrid: Civitas Ediciones S.L., 2201-2211.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2017). *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- TAMAYO CARMONA, J. A. (2015). Transacción, convenio arbitral y acuerdo de mediación. En: J. R. de Verda y Beamonte (coord.), *Derecho Civil II. Obligaciones y Contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

## NOTAS

<sup>1</sup> PAU PEDRÓN, 2004, 89. Salvo los deberes de colaboración e información establecidos en el artículo 42 LC, que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento (art. 133.2 LC).

<sup>2</sup> En este sentido, AAP de Alicante (Sección 8.ª), de 19 de julio de 2011.

<sup>3</sup> DÍAZ REVORIO, 2016, 21.

<sup>4</sup> DÍAZ REVORIO, 2016, 21.

<sup>5</sup> Artículo 133.2 LC: «Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio...».

<sup>6</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, 2004 (1), 533. Precisamente, el Libro de Incapacitados, regulado en los artículos 386 a 391 RH, donde se anotan las resoluciones que afectan a la libre disposición de sus bienes por el concursado, permitiría al registrador, tratándose de concursados sin fincas inmatriculadas o si tiene fincas inmatriculadas, para las que adquiriese con posterioridad a la declaración de concurso o al convenio (por herencia, donación, etc. ...), llevar a cabo la calificación registral de los documentos relativos a tales fincas (art. 18 LH) (*op. cit., loc. cit.*). DÍAZ REVORIO, 2016, 12.

<sup>7</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2257.

<sup>8</sup> Así, CANO MARCO y MARTÍN MARTÍN, 2016, 143-144; GARCÍA GARCÍA, 2014, 5630; Heliodoro y Adelaida SÁNCHEZ RUS, 2004, 2204 y MORALES IMBERNÓN, 2004, 1453, quien sin embargo considera que *aun faltando la inscripción del convenio* pueden acceder a Registro escrituras públicas otorgadas por el concursado «en el ejercicio de su recién recuperada disponibilidad patrimonial», si bien acreditando la aprobación y contenido del convenio para la calificación del acto dispositivo.

<sup>9</sup> DÍAZ REVORIO, 2016, 29. *Vid.*, CABANAS TREJO, 2012.

<sup>10</sup> DÍAZ REVORIO, 2016, 29. En este sentido argumentamos nosotros también en JIMÉNEZ PARÍS, 2018.

<sup>11</sup> DÍAZ REVORIO, 2016, 30.

<sup>12</sup> *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2018.

<sup>13</sup> Heliodoro y Adelaida SÁNCHEZ RUS, 2004, 2206, quienes afirman: «La anotación de la sentencia aprobatoria del convenio presupone la previa toma de razón del auto de declaración del concurso (art. 24.2 LC en relación con el art. 20 LH)».

<sup>14</sup> *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2018.

<sup>15</sup> SÁNCHEZ RUS y SÁNCHEZ RUS, 2004, 2204. GARCÍA GARCÍA considera que «teniendo en cuenta la regulación actualmente vigente del artículo 24 LC por Ley 38/2011, de 10 de octubre, podría pensarse que el asiento adecuado es el de inscripción si la sentencia es firme y el de anotación preventiva si no lo es. Pero la redacción del artículo 133.1 de esta Ley, que es norma especial sobre el convenio, más bien inclina al asiento de inscripción *sea o no firme la sentencia*, salvo que el juez retrase la eficacia del convenio a la fecha en que la aprobación alcance firmeza» (GARCÍA GARCÍA, 2014, 5629).

<sup>16</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, 2004 (2), 2459.

<sup>17</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2256.

<sup>18</sup> Para CORDÓN MORENO la inscripción de estas medidas podría entenderse como facultativa (modificando el régimen imperativo del art. 24 LC). Precisamente la previsión del artículo 137 de publicidad de estas medidas evidenciaría que cuando el artículo 132 LC habla de dar publicidad a la sentencia aprobatoria del convenio, excluye la necesidad de que esta publicidad incluya el convenio íntegro, pues de lo contrario la publicidad de las medidas derivaría de la publicidad del convenio (CORDÓN MORENO, 2010, 321-322). Ciertamente no es preciso dar publicidad al convenio íntegro, si se trata de convenio de quita y espera (pues carece de trascendencia jurídico real y parece que no tendría acceso al Registro según el art. 9 RH). Por ello el legislador, expresamente previó la publicidad de los aspectos del convenio con trascendencia jurídico-real (art. 137 LC). A favor de dar publicidad íntegra al convenio de quita y espera, GÓMEZ GÁLLIGO, 2004 (1), 540.

<sup>19</sup> Señala el autor que la publicidad registral, donde adquiere pleno sentido es en los convenios con trascendencia jurídico-real, pues «al tratarse de medidas que no tienen un alcance puramente interno, entre concursado y sus acreedores, sino que *tienen o pretenden tener eficacia frente a terceros*, es donde la publicidad registral se hace más necesaria» (GÓMEZ GÁLLIGO, 2004 (3), 2510).

<sup>20</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, 2004 (1), 540; 2004 (2), 2460-2461.

<sup>21</sup> Respecto al convenio que no contenga medidas limitativas o prohibitivas GARCÍA GARCÍA considera que «se puede relacionar en la inscripción de la sentencia aprobatoria del

convenio, precisamente para que conste que no hay tales medidas prohibitivas o limitativas. Caso de incumplimiento posterior de ese convenio, aunque se abra la fase de liquidación, *no tendría efecto retroactivo ni podría afectar a las ventas realizadas por el concursado con convenio aprobado durante el periodo de convenio que no contuviera medidas limitativas o prohibitivas, pues el artículo 140 LC no prevé que un mero convenio de quita y espera sin medidas prohibitivas pueda dar lugar a efectos retroactivos reales*» (GARCÍA GARCÍA, 2014, 5630).

<sup>22</sup> CARRASCO PERERA, 2004, 1504.

<sup>23</sup> Para GARCÍA GARCÍA esta solución legal es sorprendente pues considera que estableciéndose en el convenio medidas prohibitivas o limitativas, «lo lógico hubiera sido que unas puedan determinar cierre y otras no, según la clase de prohibiciones o medidas de que se trate» (GARCÍA GARCÍA, 2014, 5634).

<sup>24</sup> «Desde una perspectiva registral, no se podrán inscribir los actos anulables, esto es, realizados en contravención de las limitaciones impuestas en la declaración de concurso, salvo que se acredite la confirmación o convalidación por parte de los administradores judiciales (que deberá ser en escritura pública conforme al principio general de legalidad y titulación auténtica que rige en relación al Registro de la Propiedad, *ex* artículo 3 de la LH) o la caducidad de la acción o su desestimación firme (la acreditación de la desestimación de la acción es fácil a través de la correspondiente ejecutoria de la sentencia; pero acreditar al registrador la caducidad de la acción no siempre será fácil: creo que debería hacerse a través del correspondiente mandamiento judicial del juez del concurso en que así se declare)» (GÓMEZ GÁLLIGO, 2004 (1), 548).

<sup>25</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, 2004 (1), 551. Para este autor, al no establecerse la nulidad del acto dispositivo contrario a las medidas prohibitivas o limitativas, ni impedir su inscripción, a diferencia del artículo 40.7 LC, el régimen jurídico del artículo 137.2 LC «da a la inscripción del convenio el mismo valor que a una mera anotación preventiva, esto es, la enervación de la fe pública registral, ya que el adquirente nunca podrá alegar desconocimiento de la situación concursal afectante al transmitente. Y frente a dicho adquirente siempre será oponible el contenido del convenio y ejercitable la acción de reintegración de la masa». «Y lo mismo en relación con cualquier otro titular registral» (GÓMEZ GÁLLIGO, 2004 (3), 2510).

<sup>26</sup> PAU PEDRÓN, 2004, 94.

<sup>27</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2257.

<sup>28</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2004, 2505.

<sup>29</sup> Artículo 1162 CCom. de 1829: «No habiendo pacto expreso en contrario entre los acreedores y el quebrado, queda este sujeto en el manejo de los negocios de comercio a la intervención de uno de los acreedores, a elección de la Junta, *hasta que haya cumplido íntegramente los pactos del convenio*, y se le fijará la cuota mensual de que entre tanto podrá disponer para sus gastos domésticos. Las funciones del interventor se reducirán a llevar cuenta y razón de las entradas y salidas de la caja del quebrado, de la cual tendrá una sobrellave. Será también de su cargo impedir que el intervenido extraiga del fondo de su comercio para sus gastos particulares mayor cantidad que la que esté asignada, ni distraiga fondos algunos para objetos extraños de su tráfico y giro; pero no podrá mezclarse en el orden y dirección de los negocios del mismo intervenido, sobre lo cual procederá este del modo que estime más conveniente».

<sup>30</sup> CURIEL LORENTE, 2004, 131-132.

<sup>31</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2004, 2503.

<sup>32</sup> *Cfr.*, GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2004, 2504-2505.

<sup>33</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2255. *Vid.*, SÁNCHEZ CALERO Y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2017, 81-82 y 192-193.

<sup>34</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2255.

<sup>35</sup> Artículo 27 LH: «Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior [actos a título oneroso], no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquiera otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento [el de la obligación de no disponer]».

<sup>36</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2257.

<sup>37</sup> CARRASCO PERERA, 2004, 1503.

<sup>38</sup> CARRASCO PERERA, 2004, 1505.



<sup>39</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (2), 1512.

<sup>40</sup> CORDÓN MORENO, 2010, 319-320.

<sup>41</sup> CABANAS TREJO, 2012, 4-5.

<sup>42</sup> CABANAS TREJO, 2012, 4-7.

<sup>43</sup> ALBALADEJO, 2002, 274-275.

<sup>44</sup> Al igual que ocurre con el arrendamiento (art. 2.5 LH) o con la opción de compra (art. 14 RH).

<sup>45</sup> TAMAYO CARMONA, 2015, 506.

<sup>46</sup> SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS señalan, con cita de DÍEZ PICAZO, que la razón de que las prohibiciones de disponer impuestas en actos a título oneroso sean meras obligaciones negativas (de no disponer), radicaría en que «para su plena eficacia, las prohibiciones de disponer necesitan un soporte causal, que solo se lo proporciona el carácter gratuito de la transmisión. Si el adquirente lo es por título oneroso y satisface la contraprestación, la estipulación en virtud de la cual en lo sucesivo no realizará más actos dispositivo no tiene más alcance que el de una prestación de carácter accesorio» (SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2017, 82).

<sup>47</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, 2016, 2-4. Considerando que las limitaciones patrimoniales del concursado afectan a la situación subjetiva del titular registral y que la anotación de concurso es similar a la inscripción de resoluciones sobre incapacitación contempladas en el artículo 2.4 LH, *vid.*, RDGRN de 26 de enero de 2012 y STS de 7 de noviembre de 2017.

<sup>48</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2258-2259.

<sup>49</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2259.

<sup>50</sup> CORDÓN MORENO, 2010, 322-323.

<sup>51</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2004, 2506.

<sup>52</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (2), 1513. En opinión de este autor la acción de reintegración podría ejercitarse, vigente el convenio, *si se hubiese establecido en aquel un órgano legitimado para ello. Si no existiera, sería preciso promover primero la declaración de incumplimiento del convenio y, una vez abierta la liquidación, que la administración concursal ejercitase la acción de reintegración* (Ibídem).

<sup>53</sup> CARRASCO PERERA duda de que la sanción prevista en el artículo 137.1 sea la más procedente. «El ejercicio abusivo o excesivo del poder de disposición, la disposición de bienes por quien carece de poder para ello, *no es realmente un incumplimiento contractual, sino un supuesto de ineficacia contractual, de inoponibilidad, en este caso a la masa del concurso* (cfr. art. 1259 del Código Civil). *¿Por qué habrían los acreedores de pretender la extrema consecuencia de la resolución del artículo 140 LC, si pueden recuperar el bien dispuesto o pedir la nulidad del acto de administración o disposición?* (CARRASCO PERERA, 2004, 1503).

<sup>54</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (3), 1532-1533.

<sup>55</sup> Podría pensarse que la exigencia de inscribir la sentencia por la que se aprueba el convenio, con carácter previo al acto dispositivo otorgado por el concursado, supondrá que siempre las medidas prohibitivas o limitativas figurarán en tal asiento y que, por lo tanto, nos alejamos así del régimen del artículo 137 LC que habla de inscribibilidad, *pero parte de la posibilidad de la no inscripción* (CABANAS TREJO, 2012, 4-7). Sin embargo, esto no es del todo cierto. Si el registrador solicita la sentencia aprobatoria del convenio y el convenio mismo, como exigencia de tracto sucesivo y para calificar el acto dispositivo posterior, aun así, tales medidas podrían no inscribirse en el asiento previo, por ejemplo, por no ser calificadas por el registrador como tales. Siendo calificadas de tales, sí procedería la inscripción (arts. 132 y 137 LC, para que la publicidad registral sea completa). Luego el tracto sucesivo es compatible con el régimen previsto en el artículo 137 LC.

<sup>56</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, 2004 (3), 2511-2512. Y añade, contemplando esta última posibilidad, que el artículo 73.2 LC, en consonancia con los artículos 34 y 37 LC, exige demandar al «tercer adquirente del bien que se pretenda reintegrar cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de adquisición de buena fe». Si el tercer adquirente del bien goza de la protección registral, «se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; y si se apreciara mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa (art. 73.2 LC)». «*No parece,*

en todo caso, que las acciones de reintegración puedan afectar a los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, ni a los actos comprendidos en leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados (art. 71.5 LC)» (Op. cit., Loc. cit.).

<sup>57</sup> PAU PEDRÓN, 2004, 90-92.

<sup>58</sup> PAU PEDRÓN, 2004, 93.

<sup>59</sup> PAU PEDRÓN, 2004, 96-97.

<sup>60</sup> PAU PEDRÓN, 2004, 98-99.

<sup>61</sup> PAU PEDRÓN, 2004, 99. También son partidarios de hacer constar la causa de nulidad o rescisión en la inscripción del acto adquisitivo infractor, «por elementales razones de claridad y seguridad jurídica», Heliodoro y Adelaida SÁNCHEZ RUS, 2004, 2209, así como GARCÍA GARCÍA, si bien para consignar tal extremo «se requerirá previamente la notificación al interesado, pues se trata de inscripción en forma distinta a la solicitada, lo que acerca la cuestión a la “inscripción parcial” (cfr., arts. 19.bis.2 y 322.3 LH)». El adquirente o subadquirente intentará asegurarse a la hora de inscribir del cumplimiento del convenio, lo que resultará de la calificación registral (art. 18 LH). (GARCÍA GARCÍA, 2014, 5634). En todo caso, los problemas para el adquirente en el acto infractor concluyen si el convenio es cumplido, se declara judicialmente así y caducan las acciones de declaración de incumplimiento en los términos del artículo 140.1 en relación con el artículo 141 LC. En tal caso, el acto claudicante habrá devenido firme por razón del devenir del concurso. Lo que guarda relación con el plazo de vigencia de las medidas prohibitivas o limitativas que hemos señalado antes.

<sup>62</sup> PAU PEDRÓN, 2004, 99. No sería aplicable a esta acción, ni la excepción del artículo 71.5.1.º LC, relativa a la no rescindibilidad de los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, ni el plazo de dos años de ejercicio, ni las presunciones de perjuicio patrimonial (PAU PEDRÓN, 2004, 100).

<sup>63</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO señala que acordada la apertura de la liquidación (por el incumplimiento del convenio), corresponde de nuevo a la administración concursal velar por los intereses del concurso, pudiendo confirmar el acto contradictorio, o bien impugnarlo si fuere un acto negativo o perjudicial para tales intereses o bien «permanecer inactiva por desconocimiento o desinterés; en este supuesto, será muy probable que el acreedor que solicitó la declaración de incumplimiento o quien fue la contraparte en aquel negocio, haciendo uso de la facultad que les concede el apartado séptimo del artículo 40, requiera de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de impugnación, que se tramitará por el incidente concursal, caducará al mes de haberse efectuado el requerimiento o al finalizar la liquidación». La autora entiende pues, que el acto es anulable. «La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses (art. 1303 del Código Civil); si no pudieran reintegrarse [p. ej., por estar en manos de un tercero de buena fe], deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía aquella cuando salió del patrimonio del deudor (art. 1307 del Código Civil)» (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2004-2507). Como consecuencia del éxito de la acción de impugnación, surge un crédito a favor de quien fue parte en el negocio declarado ineficaz, que según la autora podría considerarse como un crédito contra la masa; o bien considerar aplicable el artículo 73.3 LC, «crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto impugnado, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado»; o bien considerar aplicable el artículo 89.3 LC que llevaría a calificar el crédito como ordinario, siendo irrelevante la buena o mala fe de quien contrató con el concursado, inclinándose la autora por la aplicación analógica del artículo 73.3 LC (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2004-2507, nota 11).

<sup>64</sup> CARRASCO PERERA, 2004, 1506. Artículo 72.1 LC: «La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación [art. 71.6 LC] corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la

administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. En este caso, en cuanto a los gastos y costas de los legitimados subsidiarios se aplicará la norma prevista en el apartado 4 del artículo 54».

<sup>65</sup> CORDÓN MORENO, 2010, 324.

<sup>66</sup> CURIEL LORENTE, 2004, 133.

<sup>67</sup> CURIEL LORENTE, 2004, 133-134.

<sup>68</sup> CURIEL LORENTE, 2004, 134.

<sup>69</sup> CURIEL LORENTE, 2004, 135.

<sup>70</sup> *Cfr.*, GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (2), 1511-1512.

<sup>71</sup> *Cfr.*, MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2262-2263.

<sup>72</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 2263-2264.

## 2. DERECHO MERCANTIL

# La naturaleza del plazo del ejercicio de la acción de nulidad

## *The legal regime of the period of prescription in the nullity*

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 19 de febrero de 2018 analiza el *dies a quo* de la acción de nulidad pero es necesario que se analice también la naturaleza del plazo del ejercicio de la acción de nulidad.

**ABSTRACT:** *The judgment of the Spanish Supreme Court dated February 19, 2018 analyses dies a quo of the nullity but it also necessary that it analyses the legal regime of the period of prescription in the nullity.*

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de contratos. Nulidad. Instrumentos financieros.

**KEY WORDS:** *Contract Law. Nullity. Financial instruments.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. LA DETERMINACIÓN DEL *DIES A QUO* EN LA ACCIÓN DE ANULABILIDAD POR EL TRIBUNAL SUPREMO.—II. LA DISCUSIÓN EN LA DOCTRINA. PLAZO DE CADUCIDAD O PRESCRIPCIÓN.—III. LA DISCUSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA. PLAZO DE CADUCIDAD O PRESCRIPCIÓN.—IV. EPÍLOGO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

### I. INTRODUCCIÓN. LA DETERMINACION DEL *DIES A QUO* EN LA ACCIÓN DE ANULABILIDAD POR EL TRIBUNAL SUPREMO

En cuanto al cómputo del *dies a quo* para el ejercicio de la acción de anulabilidad por error/dolo, vicio del consentimiento, necesariamente debe acudirse a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 608), según la cual:

*«Al interpretar hoy el artículo 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio de consentimiento, no puede obviarse el*

*critero interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella», tal y como establece el artículo 3 del Código Civil. La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la «consumación del contrato» como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el artículo 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).*

*En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.*

*El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error».*

[El énfasis es nuestro]

Esta doctrina ha sido confirmada, confiriéndole carácter de Jurisprudencia, por la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2015 (RJ 2015, 4487), recurso 1603/2013.

Tras esta sentencia plenaria del Tribunal Supremo, coincidíamos con MOLLA SILVELA<sup>1</sup> en lo siguiente: «Considerando la nueva interpretación del Tribunal, habrá de aclararse qué sucederá en los supuestos en los que se sanó el error con anterioridad a la consumación del contrato, así como en los supuestos en que no se conozca hasta tiempo después de esta. En el primer supuesto, habrá que ver si se permite adelantar el momento del cómputo del plazo; en el segundo, existe el riesgo de que la acción se perpetúe más de lo que la seguridad jurídica aconseja».

Recientemente, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018 (Id Cendoj: 28079110012018100067), continúa aclarándonos el *dies a quo* de la acción de nulidad, razonando expresamente lo siguiente:

«Mediante una interpretación del artículo 1301.IV del Código Civil ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la Sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

De esta doctrina sentada por la Sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del artículo 1301.IV del Código Civil, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato».

El anterior razonamiento llevó al Tribunal Supremo a fallar en el caso concreto lo siguiente:

«3. A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.

En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo, ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato).

En los contratos de swaps o «cobertura de hipoteca» no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato.

Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés. Así, en el caso que da lugar al presente recurso, el cliente recibía trimestralmente el euríbor fijado al principio de cada período trimestral a cambio de pagar anualmente un tipo fijo, excepto si el euríbor superaba determinado nivel o barrera, en cuyo caso el cliente pagaba el euríbor menos un diferencial fijado en un 0,10%. El resultado positivo o negativo de las liquidaciones dependía para cada período de liquidación y alcanzaron resultados diversos en cada uno de los años de vigencia del contrato, tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes recogidos en el primer fundamento jurídico de esta sentencia.

4. La aplicación de esta doctrina lleva a rechazar el segundo motivo del recurso de casación.

En el presente caso, en el contrato celebrado el 10 de noviembre de 2006, único contrato al que se refiere el recurso de casación, se determina

*un plazo contractual de cinco años, convencionalmente pactado, de manera tal que el plazo de vigencia terminaba el 21 de noviembre de 2011, por lo que en esta fecha tuvo lugar la consumación del contrato. Puesto que la demanda se interpuso el 30 de enero de 2014 no había transcurrido el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato y la acción de impugnación se ejercitó dentro del plazo legalmente previsto».*

Es decir, el Pleno del Tribunal Supremo ya ha tenido la oportunidad de sentar que la doctrina de la Sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. Sin embargo, quizás porque no haya sido objeto aún del correspondiente recurso de casación, resulta imperioso por las consecuencias prácticas que indudablemente existen en el caso (vgr. interrupción del plazo o apreciación de oficio, por ejemplo) que también se fije doctrina jurisprudencial clara acerca de la naturaleza del plazo de la acción de anulabilidad, ante la enorme controversia existente en la doctrina civilista y en la propia jurisprudencia, tanto a nivel del Tribunal Supremo como a nivel de Audiencias Provinciales, de lo cual queremos dar muestra en este trabajo.

## II. LA DISCUSIÓN EN LA DOCTRINA. PLAZO DE CADUCIDAD O PRESCRIPCIÓN

Parece existir una opinión generalizada en nuestra doctrina civilista acerca de la consideración de la naturaleza del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad como si de un plazo de caducidad se tratase.

En este sentido, como cabeza de esta línea de pensamiento por el indudable magisterio del autor podemos empezar por citar a DE CASTRO<sup>2</sup> que se pronunciaba del siguiente modo: «La acción de nulidad *solo durará* cuatro años, dice el Código Civil (art. 1301). Palabras, las subrayadas, que han llevado a entender que se ha impuesto con ellas un plazo de caducidad. Significado conforme también con el criterio favorable a la seguridad jurídica, que se vería perturbada por el mantenimiento indefinido de situaciones inciertas. Con el mismo propósito de certeza, el artículo citado marca el momento desde el que empezará a correr el plazo, pasado el cual, automáticamente, sin posibilidad de interrupción, desaparece la posibilidad de pedir la anulación del negocio». DÍEZ PICAZO y GULLÓN<sup>3</sup>, cuando analizan las diferencias entre la prescripción y la caducidad, decantándose igualmente sobre el particular por la consideración del plazo como de caducidad, explican lo siguiente: «Un criterio de distinción aceptable es el derivado de la naturaleza del derecho objeto de presunta caducidad, pues esta recae sobre lo que en su momento hemos llamado derechos potestativos o facultades de configuración o modificación de una situación jurídica preexistente. Pendiente el ejercicio, la situación jurídica afectada se encuentra en una fase provisional o transitoria, que exige un rápido tránsito a la situación definitiva. Piénsese en un contrato viciado por alguna de las causas que dan lugar a su anulabilidad (error, dolo, etc.). Origina una situación jurídica claudicante, porque produce efectos mediante no sea impugnado. Al ordenamiento jurídico le interesa que cuanto antes se aclare la situación, para que sean firmes e inatacables las consecuencias jurídicas que despliega».

De igual forma de pensar son PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER<sup>4</sup>, DE LA CÁMARA<sup>5</sup>, BONET RAMÓN<sup>6</sup>, CASTÁN TOBEÑAS<sup>7</sup>, ALBALADEJO<sup>8</sup>, GULLÓN BALLE-

TEROS<sup>9</sup>, LETE DEL RÍO<sup>10</sup>, AMORÓS GUARDIOLA<sup>11</sup>, DE ÁNGEL YAGÜEZ<sup>12</sup>, GARCÍA AMIGO<sup>13</sup>, GARCÍA VALDECASAS<sup>14</sup>, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS<sup>15</sup>, CLAVERÍA GOSÁLBEZ<sup>16</sup>, LUNA SERRANO<sup>17</sup>, DORAL / DEL ARCO<sup>18</sup>, MORENO LUQUE<sup>19</sup>, GÓMEZ CORRALIZA<sup>20</sup>.

Dentro de los defensores del plazo prescriptivo, destacamos a DELGADO ECHEVARRÍA<sup>21</sup> se pronuncia al respecto:

«De manera coherente con lo expuesto en 2.1 (Acción declarativa y acción restitutoria), entendemos, con DE CASTRO, F. (1967, 499, 505 y 511), que el plazo de los cuatro años señalado en este artículo (que corresponde al de la vieja *restitutio in integrum*) se refiere al derecho a pedir la restitución de lo prestado por negocio nulo; mientras que la posibilidad de pedir que se declare la invalidez del contrato, por estar viciado el consentimiento o ser incapaz una de las partes, no está sujeta a prescripción ni caducidad, precisamente por tratarse de acción meramente declarativa (...). Entre las menos recientes, pueden citarse varias sentencias en que se hablaba de prescripción (sentencias de 25 de abril de 1960, 28 de mayo de 1965 y 28 de octubre de 1974; en sentido contrario la sentencia de 17 de febrero de 1966, que habla incidentalmente de caducidad), si bien no parecía muy relevante, dada la fecha relativamente reciente de la introducción de la categoría de la caducidad en nuestra doctrina; más revelador es que en algunas sentencias se admitiera, siquiera hipotéticamente, la interrupción del plazo (sentencias de 23 de octubre de 1908 y 28 de abril de 1931) y que no se apreciara la prescripción por no haberse alegado en tiempo y forma (sentencia de 13 de noviembre de 1916). El balance, sin embargo, no era del todo concluyente.

Con posterioridad (y prescindiendo de la mención de la palabra en otras sentencias: sentencias de 11 de diciembre de 1979, 4 de mayo de 1987, 5 de marzo de 1992), en varias decisiones resulta decisivo para el resultado del pleito que el término sea, precisamente, de prescripción y no de caducidad. Así, en la de 27 de marzo de 1987 se niega, por esta razón, que el juez pueda apreciarla de oficio: el recurrente acusaba incongruencia alegando que no se había apreciado la caducidad de la acción que, según él, había denunciado en tiempo procesal oportuno; el Tribunal entiende que, en realidad, tal denuncia no había tenido lugar en la instancia, y añade: «Pero es que, además, siendo el plazo que el artículo 1301 establece de prescripción y no de caducidad, su apreciación en la sentencia impugnada sin haber sido alegado en el momento procesal oportuno es lo que hubiera producido la incongruencia» (parecidamente, rechazando la posibilidad de apreciación de oficio del plazo de cuatro años, por ser de prescripción, y no de caducidad, la sentencia de 1 de febrero de 2002, con cita, entre otras, de la anterior; en la de 27 de marzo de 1989 (*vid.*, comentario a esta sentencia de DELGADO, J. 1989, 465 y sigs.) se aprecia interrupción del plazo (en un caso que puede entenderse como de ejercicio extrajudicial), y en la de 23 de octubre de 1989 se dice que el plazo es de prescripción «de acuerdo con la doctrina de esta Sala (sentencias de 25 de abril de 1960, 28 de marzo de 1965 y 28 de octubre de 1974) susceptible, por tanto, de interrupción por reclamación extrajudicial o reconocimiento del deudor a tenor del invocado artículo 1973».

No conocemos ninguna sentencia en que el Tribunal Supremo haya tratado este plazo de cuatro años como de caducidad (aunque en algunas lo haya calificado *obiter* de esta manera). Ciertamente, el mismo Tribunal Supremo se ha pronunciado por la caducidad en casos de rescisión (sentencias de 4 de julio de 1957, 26 de junio de 1967 y 6 de junio de 1990 —sobre el artículo 1076— y 11 de mayo de 1966; no sin vacilaciones: la sentencia de 16 de octubre de 1971 —sobre



acción pauliana— rechaza el motivo fundado en el transcurso del tiempo por no haberse opuesto la excepción en la instancia, lo que no se compadece con la apreciación de oficio que conlleva el concepto doctrinal de caducidad), pero la analogía no procede, ya que en la rescisión sí que se parte de un contrato válido (*vid.*, art. 1290) contra el que se hace valer un derecho potestativo. El propio Tribunal Supremo ha contrapuesto rescisión y anulabilidad (al menos desde la sentencia de 17 de abril de 1943) y precisamente por lo que se refiere al juego de la prescripción o caducidad en sentencia de 6 de junio de 1990 (para la distinción entre el plazo de caducidad del art. 1299 del Código Civil y la imprescriptibilidad de la acción de nulidad radical «o inexistencia» en casos de simulación, *vid.*, la sentencia de 4 de noviembre de 1996). (...) Es de notar la opinión en contra de DE CASTRO, quien afirma que el plazo de la acción de anulabilidad es de caducidad, fundado en la expresión «solo durará» del artículo 1301 y con cita de la sentencia de 4 de julio de 1957 sobre el caso análogo —dice— del artículo 1.076; por lo que transcurre automáticamente, sin posibilidad de interrupción (1967, 509, nota 30). En el mismo sentido en 1972, por tratarse de un «poder para modificar una relación negocial». Puede advertirse una clara contradicción entre esta opinión del profesor DE CASTRO —acaso mera concesión a la doctrina dominante— y sus claras tomas de postura sobre la invalidez originaria del negocio anulable, el carácter meramente declarativo de la acción para hacerla constar y el referirse el plazo del artículo 1.301 solo a la acción restitutoria; así como su neta distinción entre rescindibilidad y anulabilidad. En consecuencia, la opinión que considera el plazo como de caducidad carece de apoyo en la jurisprudencia y no creemos que tenga a su favor otro argumento que el puramente conceptual sobre la naturaleza atribuida a la anulabilidad por esta doctrina».

BELLO JANEIRO<sup>22</sup>, quien después de efectuar un análisis exhaustivo de la doctrina antes expuesta y citada en su obra, así como de interpretar la Jurisprudencia recaída al respecto, concluye que: «A la vista de ello parece oportuno considerar que el TS, más que partir de que el legitimado para impugnar es titular de un poder de impugnación, que constituye un poder potestativo, ejercitable solo través del juicio, durante un plazo, entonces, de caducidad, parece entender, de modo más acorde con nuestro ordenamiento jurídico, que la invocación de una causa de anulación simplemente supone alegar el fundamento jurídico del derecho que se ejercita, sin que necesariamente requiera este una configuración independiente, un poder jurídico o derecho autónomo y, en consecuencia, ejercitable durante un plazo de prescripción.

Ello, en modo alguno, se contradice con la consideración que aquí se expondrá del carácter constitutivo de la sentencia de anulabilidad, de conformidad con la inicial validez y eficacia claudicante del negocio anulable, pues, como ha puesto de relieve reiteradamente PRIETO CASTRO, «en la decisión (legislativa) sobre si únicamente la voluntad de los particulares puede bastar para la efectividad de estos derechos de modificación, o si, por el contrario, debe exigirse una sentencia judicial, con previo ejercicio de la correspondiente acción, es fundamental el carácter que se otorgue a la situación jurídica de que se trate», de tal modo que no siempre la efectividad del derecho constitutivo (de formación o modificación jurídica) exige acudir a la vía del proceso civil mediante el ejercicio judicial de la acción de anulabilidad, lo que no implica negar carácter constitutivo a las sentencias de anulabilidad, pues la técnica procesalista ha distinguido, dentro de las sentencias constitutivas necesarias, *vgr.*, en acciones de estado, en las que es imprescindible el pronunciamiento jurisdiccional, ante la irrelevancia de un acuerdo privado de voluntades para producir determinados efectos jurídicos, de

aquellas otras en que no es imprescindible el pronunciamiento judicial para que la ineficacia sea efectiva, lo que, a nuestro entender, acontece en el caso de la anulabilidad».

### III. LA DISCUSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA. PLAZO DE CADUCIDAD O PRESCRIPCIÓN

No solo DELGADO ECHEVARRÍA, sino también BELLO JANEIRO<sup>23</sup> pone en jaque la tradicional jurisprudencia existente sobre el tema afirmando que: «Por el contrario, el TS reiteradamente ha venido a configurar el plazo de ejercicio de la acción del artículo 1301 como de prescripción, y ello tanto en las primeras sentencias, con respecto a las que es posible oponer que no son suficientemente relevantes, dada la relativamente reciente mentada introducción de la distinción en nuestro país, cuánto en las más modernas, de las que en ningún caso se puede predicar la ignorancia de la distinción, que en tantas ocasiones ha puesto de relieve el TS. (...) En cuanto a las últimas sentencias mencionadas referidas al plazo del artículo 1301, si bien en ocasiones el TS omite la calificación del plazo o en determinados supuestos su tratamiento en el juicio resulta poco relevante o es simplemente incidental o puramente formal, sin embargo, resultan suficientemente sintomáticas las de 27 de marzo de 1987, en la que se afirma que «siendo el plazo que el artículo 1301 establece de prescripción y no de caducidad, su apreciación en la sentencia impugnada sin haber sido alegado en el oportuno momento procesal, es lo que hubiere producido la incongruencia; de 27 de marzo de 1989, en las que se califica el plazo de 4 de años de duración de la acción de nulidad del artículo 1301 como «plazo prescriptivo» que en el caso quedó interrumpido por la intervención del recurrido en un juicio ejecutivo previo al juicio declarativo del que proviene el recurso en cuestión, «ejercitando la oposición que la Ley confiere al ejecutado, actuación que no puede menos de considerarse medio legal de interrupción de la prescripción, incluido en el ejercicio de la acción ante los Tribunales, considerado en el artículo 1973 del Código Civil, como plazo de prescripción, de acuerdo con la doctrina de estas Sala (sentencias de 25 de abril de 1960, 28 de marzo de 1965 y 28 de octubre de 1974) susceptible, por tanto, de interrupción por reclamación extrajudicial o reconocimiento del deudor a tenor del invocado artículo 1973», y en las que, si bien de nuevo tampoco resultó decisivo en los pleitos de calificación del plazo, salvo en la de 27 de marzo de 1989, dejan clara la intención del TS al respecto, de tal modo que si hubiere sido otra la actuación procesal en la instancia en un caso (en la STS de 27 de marzo de 1987) o hubiese sido diferente la defensa jurídica del actor en el recurso en el otro (en el que resuelve la STS de 23 de octubre de 1989), la solución habría sido, sin duda, distinta ante la debida caracterización jurisprudencial del plazo *ex* artículo 1301, por lo que, aunque se trate de declaraciones, si se quiere, «*obiter dictum*», deben ser tomadas en consideración a efectos doctrinales.

Estas últimas sentencias, cuando menos, deberían hacer reflexionar sobre la conveniencia de seguir configurando como de caducidad el plazo contenido en el artículo 1301».

Buen exponente de la controversia jurisprudencial existente al respecto, nos la ofrece la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.<sup>a</sup>) núm. 685/2017 de 28 de diciembre de 2017 (*JUR* 2018, 20827), que recoge lo siguiente:

«Esta Audiencia, Sección Cuarta, en sentencia de 4 de marzo de 2016, recordaba la sentencia de 22 de junio de 2015 (Rollo 716/2013), en que ya se dijo: “...Comúnmente se sostiene que el plazo de cuatro años que establece el artículo 1301 del Código Civil para ejercitar la acción de nulidad contractual fundada en vicio del consentimiento, falsedad de la causa, o minoría de edad o incapacidad, es un plazo de caducidad, ya que en el mismo se emplean las palabras ‘solo durará’, con lo que parece que se compadece bien con la caducidad, que no admite interrupción y puede apreciarse de oficio, lo que ocurre es que esta conclusión tan simple no resulta tan clara. Doctrina muy autorizada (DELGADO ECHEVARRÍA) califica el plazo como de prescripción, pero es que además numerosa jurisprudencia, ciertamente antigua, proclamó en diversas ocasiones que el plazo era de prescripción (SSTS de 25 de abril de 1960, 28 de mayo de 1965, 28 de octubre de 1974; en sentido contrario, la STS de 17 de febrero de 1966, que habla incidentalmente de caducidad). Con posterioridad, en varias decisiones resultaba decisivo para el resultado del pleito que el término fuese de prescripción y no de caducidad y se optó por considerarlo de prescripción. Así, en las SSTS de 27 de marzo de 1987 y 1 de febrero de 2002, se niega, por esta razón, que el Juez pueda apreciarla de oficio. En STS de 27 de marzo de 1989 se aprecia la interrupción del plazo, y en STS de 23 de octubre de 1989 se dice que el plazo es de prescripción «de acuerdo con la doctrina de esta Sala (sentencias de 25 de abril de 1960, 28 de marzo de 1965 y 28 de octubre de 1974), susceptible, por tanto, de interrupción por reclamación extrajudicial o reconocimiento del deudor a tenor del invocado artículo 1973 del Código Civil”. Más recientemente, el Tribunal Supremo se ha referido a este plazo como de caducidad, (SSTS de 5 de abril y 4 de octubre de 2006, 2 de diciembre de 2009, entre otras), pero en todas ellas era un mero “obiter dictum” sin trascendencia. En el pleito resuelto por STS de 10 de marzo de 2008, se alegaba en el recurso de casación que ese plazo, que la Audiencia había considerado de prescripción, era en realidad de caducidad, pero el Tribunal desestimó el motivo por ser una cuestión nueva “ni siquiera abordada en el escrito de contestación a la demanda”. En la de 8 de octubre de 2012, el Tribunal Supremo tampoco se pronuncia sobre la naturaleza de la acción, por cuanto, según se razona “aunque se aceptara que el plazo de cuatro años establecido en dicho artículo es de prescripción, como consideran muchas sentencias de esta Sala (SSTS de 27 de febrero de 1997, 27 de marzo de 1987 y 28 de octubre de 1974 entre otras), y no de caducidad, el plazo no habría comenzado a correr”».

En el ámbito de la contratación de instrumentos financieros, continúa reproduciéndose el debate expuesto. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.<sup>a</sup>) núm. 511/2017 de 1 de diciembre de 2017 (JUR 2018, 21339), se decanta por la caducidad, cuando razona lo siguiente:

«Si bien nos encontramos ante una pretensión de nulidad relativa sometida al dictado de los artículos 1300 («los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a ley») y 1301 («la acción de nulidad solo durará cuatro años», tiempo que empezará a correr en los

casos de “error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato”) del Código Civil, y entendiendo que, conforme a la doctrina más reciente, el plazo establecido en este último precepto es de caducidad y no de prescripción, ha de afirmarse, también de conformidad a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, que no puede confundirse la perfección del contrato con la consumación del mismo, pues mientras aquella se origina cuando se presta el consentimiento contractual, en virtud a lo dispuesto en los artículos 1254, 1258 y 1262 del Código Civil, esta solo se produce cuando se agotan todos los efectos del contrato con el cumplimiento íntegro de las obligaciones contraídas por las partes, pudiendo apreciarse el vicio consensual y ejercitarse la acción desde la perfección del contrato hasta los cuatro años posteriores al citado cumplimiento integral del mismo. En este sentido, dicho cumplimiento integral no puede lógicamente concurrir mientras el negocio jurídico esté viciado por error y sometido a sus consecuencias, debiendo entenderse que hasta que aquel y estas no cesen, la consumación no se produce. En casos como el presente, en consonancia con un reiterado criterio del Tribunal Supremo, ya asumido también reiteradamente por esta Sala, la sentencia 769/2014 del Pleno de la Sala de lo Civil de nuestro alto Tribunal, de fecha 12 de enero de 2015, que ha venido a reexaminar el estado de la cuestión, concluye que el momento de tal consumación coincidirá con “el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por error”. Y aunque las acciones no puedan entenderse como un producto complejo, el espíritu de esta doctrina es plenamente aplicable en el caso de las de Bankia, donde lo complejo fue el entramado en virtud del cual surgieron y que es el causante del error sufrido».

Por el contrario, sosteniendo que el plazo es de prescripción y no de caducidad, podemos citar a título de ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2.ª) núm. 586/2017 de 27 de octubre de 2017 (*JUR* 2017, 283329), que razona expresamente lo siguiente:

«**TERCERO**

*Se alega por la parte recurrente la infracción del artículo 1301 del Código Civil (LEG 1889, 27) que, como es bien sabido, fija en cuatro años el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad (anulabilidad) de los contratos anulables. La parte recurrente sostiene que ese plazo lo es de prescripción, no de caducidad, y por lo tanto es susceptible de interrupción.*

*El plazo de cuatro años que para el ejercicio de la acción de anulabilidad que establece el artículo 1301 es de prescripción y no de caducidad, según resulta de la jurisprudencia más reciente (así, SSTS de 5 de octubre de 2007 —ROJ: STS 6158/2007 o 20 de diciembre de 2016 —ROJ: STS 5538/2016).*

*Es cierto que existen otras resoluciones del Tribunal Supremo que establecen lo contrario. En este sentido cabe citar la de 1 de febrero de 2002 (ROJ: STS 589/2002) que literalmente establece que “el plazo de cuatro años que fija el artículo 1301 no ha sido entendido por la juris-*

*prudencia unánime como efectivo plazo de caducidad, y así lo decidió la sentencia de 27 de febrero de 1997 (que cita las de 25 de abril de 1960, 28 de marzo de 1965, 28 de octubre de 1974, 27 de marzo de 1987 y 27 de marzo de 1989), al declarar que el plazo de cuatro años para ejercicio de la acción de nulidad es un plazo de prescripción y no de caducidad”.*

*Esa jurisprudencia hay que entenderla superada por la más reciente a la que se acaba de hacer referencia.*

*Por último, indicar que la mención a la STS de 6 de septiembre de 2006 que hace el recurrente es equivocada porque no es cierto que en la misma se fije posición alguna acerca de la naturaleza del plazo. La sentencia lo que hace es exponer el motivo segundo del recurso de casación, con el que se propugnaba que ese plazo del artículo 1301 era de prescripción, pero concluye resolviendo que es innecesario pronunciarse sobre esa cuestión, por estimarse otro motivo de aquel recurso.*

*En consecuencia, este motivo tampoco debe prosperar».*

CASASAYAS RAMIS<sup>24</sup>, recopila la controvertida Jurisprudencia sobre el particular del siguiente modo: «Así, a favor de considerar dicho plazo como un plazo de prescripción, pueden citarse, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1931 (*RJ* 1931, 2032), de 25 de abril de 1960 (*RJ* 1960, 2031), de 28 de octubre de 1974 (*RJ* 1974, 3978), de 27 de marzo de 1987 (*AC* 1987, 529), de 23 de octubre de 1989 (*AC* 1990, 161), de 5 de marzo de 1992 (*RJ* 1992, 2390), de 27 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 1332), de 1 de febrero de 2002 (*RJ* 2002,1586), y de 9 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3439).

Por el contrario, en otras sentencias el Tribunal Supremo considera que es un plazo de caducidad, entre las que pueden mencionarse las sentencias de 17 de febrero de 1966 (*RJ* 1966, 1531), de 4 de abril de 1984 (*RJ* 1984, 1926), de 2 de junio de 1989 (*RJ* 1989, 4283), de 17 de octubre de 1989 (*AC* 1990, 129), de 25 de julio de 1991 (*RJ* 1991, 5421), de 27 de octubre de 2004 (*RJ* 2004, 7199), de 6 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006, 8008), de 23 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7136), de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 6853), de 1 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 176955), de 5 de octubre de 2015 (*JUR* 2015, 239811 y *JUR* 2015, 244355), de 17 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 42397), y de 20 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 1687)».

El debate tampoco nos lo resuelven los textos elaborados para la modificación de nuestro Código Civil, resultando que la solución por la que toman partida resulta también huérfana de razonamiento en los propios textos.

En este sentido, el artículo 1304 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación de 2009<sup>25</sup>, se decanta porque la naturaleza del plazo es de caducidad y no de prescripción, del siguiente modo:

«Artículo 1304.

*La acción de anulación caducará a los dos años y este tiempo empezará a correr:*

— *En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que estas hubiesen cesado.*

— *En los de error o dolo, y en el caso contemplado en el artículo 1291 de este Código, desde que el legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad; y en el del artículo 1301, desde la consumación del contrato.*

— *Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapaces, sin perjuicio de la legitimación que se concede en el artículo 1297 de este Código a sus representantes legales y a quienes corresponda prestar su asistencia,*

desde que adquieran o recuperen la capacidad necesaria, y en su defecto desde su muerte.

— Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato».

Por el contrario la Propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil<sup>26</sup> considera que el controvertido plazo es de prescripción, de esta forma:

*Artículo 527-12. Prescripción de la anulación.*

1. La anulación por error o dolo prescribirá a los dos años desde que se conozcan o deban conocer los hechos relevantes que motivaron el vicio.

2. La anulación por intimidación prescribirá a los dos años desde que cese.

3. La anulación o reequilibrio por ventajismo prescribirá a los dos años desde que se hubiere comenzado a ejecutar cualquiera de las prestaciones; o desde que cualquiera de las partes fuere requerido para el cumplimiento o recepción de las mismas.

#### IV. EPÍLOGO

No se desconoce pues que no existe unanimidad jurisprudencial ni doctrinal respecto a si el plazo contemplado en el artículo 1301 del Código Civil es de caducidad o de prescripción, manteniendo el Tribunal Supremo una posición un tanto dispar, si bien pudiera decirse que en la actualidad existen pronunciamientos recientes que parecen inclinarse por la tesis de la caducidad (STS de 21 de febrero de 2014, 5 de noviembre de 2013); pero lo cierto es que dicho extremo no ha sido objeto de debate en toda su amplitud y con el necesario detalle como para que podamos tener una línea jurisprudencial clara al respecto, y también puede argumentarse con cierta y reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que la acción de anulabilidad del artículo 1301 del Código Civil está sujeta a un plazo de prescripción y no de caducidad, susceptible por tanto de interrupción (art. 1973 del Código Civil), lo que habría que analizarse en cada caso concreto.

La jurisprudencia existente sobre el particular suele decantarse por uno u otro plazo, sin el ofrecimiento de un verdadero análisis y como mucho haciéndose eco de la polémica doctrinal y jurisprudencial existente al respecto, resultando igualmente precarios o inexistentes las decisiones doctrinales para que podamos entender los argumentos que lleva a cada autor a pronunciarse en favor de una u otra concepción, es decir, caducidad o prescripción.

No obstante si mantuviéramos lo anterior de forma tan rotunda, estimamos que faltaríamos a la verdad.

A estos efectos, empezaremos por exponer la concepción de la caducidad en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1966 que efectúa los siguientes e interesantes razonamientos sobre la institución de la caducidad:

*«La caducidad o decadencia de derechos surge cuando la ley o la voluntad de los particulares señalan un término para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido este término no puede ser ya ejercitado, refiriéndose a los llamados derechos potestativos, y, más que a ello, propiamente hablando a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, nota característica que*

*la diferencia de la prescripción, pues así como esta tiene como finalidad la extinción de un derecho ante la razón subjetiva de su no ejercicio por el titular, en la caducidad se atiende solo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, hasta el punto de que un importante sector doctrinal sostiene que en realidad es un plazo preclusivo, llamando así al plazo dentro del cual, y solo dentro de él, puede realizarse un acto con eficacia jurídica, distinción que es una sutileza en los derechos de tracto único, en los que, por agotarse en un solo acto de ejercicio, son tan semejantes que tal distinción carece de transcendencia práctica, puesto que el término fijado para el ejercicio eficaz de un derecho hace que su transcurso sin ejercitarlo imponga la decadencia fatal y automática de tal derecho en razón objetiva de su no utilización.*

*Los llamados derechos potestativos conceden a su titular la facultad o poder para provocar un efecto o modificación jurídica, con la finalidad de producir un efecto jurídico en favor de un sujeto y cargo de otros, lo que puede tener lugar haciendo cesar un preexistente estado de derecho, cual sucede en la impugnación de la validez del matrimonio o de la legitimidad de los hijos, revocación de donaciones, rescisión y resolución de relaciones contractuales, etc., hasta el punto en que en realidad se es titular de la acción creante y no del derecho creado, puesto que para que surja este es condición indispensable que se ponga en ejercicio la acción concedida para modificar o extinguir situaciones jurídicas, ejercicio que ha de actuarse en el plazo prefijado, pues si transcurre este sin que la acción concedida se utilice, el derecho de anular los efectos lesivos de una venta desaparece al quedar caducada dicha acción, dado que la caducidad es falta de ejercicio de aquella acción, y en este sentido es esencial en este recurso el motivo tercero, en el que por cauce procesal del número 7 del artículo 1692 LEC se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba al no tener la sentencia impugnada por ejercitada la acción dentro del plazo establecido en el artículo 1483 del Código Civil y 56 de la Ley de 12 de mayo de 1956 de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, por lo que lo primero que es necesario dilucidar es si realmente hubo o no ejercicio de la acción entablada con anterioridad a la demanda inicial de este recurso».*

Haciéndose eco de la anterior sentencia del Tribunal Supremo y en función de la distinción general entre prescripción y caducidad, donde en aquella se protege un interés particular de no verse afectado por el contenido de una pretensión o reclamación antigua mientras que en esta se cuida del interés general tendente a la obtención de una certidumbre de una determinada situación jurídica, DÍEZ-PICAZO<sup>27</sup> nos ofrece magistralmente la distinción entre ambos institutos en función de los siguientes razonamientos: «Ha sido apuntado, y es idea que parece atractiva, que las pretensiones sujetas a caducidad son las que surgen de los llamados derechos potestativos o facultades de configuración o modificación jurídica que dan origen a lo que los procesalistas denominan acciones constitutivas. Por el contrario, prescriben las pretensiones derivadas de facultades dirigidas a ordenar de otro una prestación, de manera que su objeto sería lo que los procesalistas llaman acciones de condena. De esta suerte, se podría obtener una triada sistemáticamente impecable: acciones declarativas, imprescriptibles; acciones constitutivas, caducables; y, acciones de condenas, prescriptibles.

No se puede negar que la mayor parte de las acciones que, por mandato de la ley o por interpretación de esta, se suelen considerar caducables, pertenecen al terreno de los derechos o facultades de configuración jurídica tradicionalmente denominados derechos potestativos, bien se trate de acciones constitutivas con carácter positivo (p. ej., los derechos de retracto y en general todos los derechos de adquisición preferente) o con efectos constitutivos de extinción (p. ej., las acciones de nulidad o rescisión). Sin embargo, aun sin negar que en el origen de las figuras puedan haberse encontrado esas diferentes estructuras de las pretensiones, la tesis no puede mantenerse. En el momento actual, prescripción y caducidad son dos figuras que se encuentran a disposición del legislador, quien, valorando el conjunto de los intereses en juego, puede decidir el régimen jurídico que haya de ser aplicable al transcurso de los plazos establecidos para el ejercicio de las acciones. Así, en el artículo 43 del Código Civil se contempla la obligación de resarcimiento de daños que surge del incumplimiento sin justa causa de una promesa cierta de matrimonio. No se trata, obviamente, de una acción constitutiva que realice un derecho potestativo, sino de una pura y simple acción de condena similar a todas las acciones indemnizatorias. Sin embargo, el precepto legal categóricamente dice que la acción caduca y no es posible ninguna otra interpretación, que sería correctora de una decisión del legislador. Puede pensarse, y es lógico hacerlo así, que la ley trata de limitar lo más posible este tipo de litigios exigiendo al respecto una gran celeridad y determinando lo que hemos llamado una pronta certidumbre en la relación jurídica».

De lo anterior, claramente extraemos que hay que estar al análisis del plazo concreto para determinar si es de caducidad o prescripción, si bien, ante la ausencia de una clara voluntad del legislador al respecto (*vgr.* art. 43 del Código Civil) coincidimos plenamente que el plazo de caducidad ha de reservarse al ejercicio de los derechos potestativos y en el caso que estamos analizando, así debe ser para el plazo de cuatro años de anulabilidad del artículo 1301 del Código Civil por la existencia de un vicio del consentimiento.

Somos conscientes que esta conclusión también puede ser objeto de crítica por los partidarios de la prescripción de la acción de anulabilidad del artículo 1301 del Código Civil, sobre la base de que la acción de anulabilidad no es de carácter constitutivo. No somos por tanto ajenos a la teoría de la doble acción de la acción de anulación que han mantenido autores como DE CASTRO y DELGADO. A estos efectos, recordamos las palabras de DIEZ-PICAZO<sup>28</sup> cuando razona lo siguiente: «La tesis de la doble acción ha sido sostenida por F. DE CASTRO y por J. DELGADO, para quienes en el supuesto que estudiamos concurren la acción declarativa de nulidad y la acción restitutoria de las prestaciones ejecutadas. Esta concepción tampoco tiene acogida en nuestro Código. Puede tenerla en aquellos sistemas en que, tras la nulidad o la anulación, se da al favorecido la *condictio* de enriquecimiento. En nuestro Código la restitución es una consecuencia de la nulidad o de la anulación, que, en virtud de una larga tradición jurídica que procede de DOMAT, no pertenece al Derecho de enriquecimiento, sino al Derecho de contratos. Por lo demás, es claro que no puede existir restitución sin anulación, porque la restitución tiene en ella su fundamento. Podría teóricamente admitirse, aunque el supuesto sea académico, una anulación pura y simple sin que el demandante pida la restitución, aunque no llegue a verse la utilidad que de ello obtendría. Tampoco puede pensarse que exista un régimen jurídico que haga autónomas a una y a otra acción. Por ejemplo, que la primera sea imprescriptible y solo la segunda caduque; o, al revés, que la caducidad afecte a la acción de anulación, mientras que la acción restitutoria quede sujeta



a los plazos de prescripción de la *condictio*. En nuestro Código Civil se trata indiscutiblemente de una acción de carácter unitario».

Por ello, como razona DÍEZ-PICAZO la acción de anulación «...es una ineficacia estructural y provocada. Es estructural porque el ordenamiento jurídico la aplica como consecuencia de un vicio o defecto que concurre en el proceso de formación del contrato. Y es una ineficacia provocada porque el ordenamiento atribuye a la persona especialmente protegida un poder jurídico dirigido a pedir la anulación o impugnar el contrato» y para ello previamente, DÍEZ-PICAZO<sup>29</sup> critica la tesis del carácter declarativo de la acción de anulación con argumentos tan rotundos como los siguientes: «Desde el punto de vista del Código, no tiene más base que la letra de algunos preceptos (p. ej., «declarada la nulidad», art. 1303; «el obligado por la declaración de nulidad», art. 1307). Los argumentos en la exégesis del Código Civil y de la construcción realizada a partir de él no son nunca decisivos. Se olvida de su carácter escasamente técnico en esta materia, doctrinalmente construida con posterioridad a su promulgación y que el Código en los artículos 1300-1314 engloba temas de nulidad radical, como la nulidad por ilicitud o carácter torpe de la causa (arts. 1305 y 1306), y cuestiones que son estrictamente de anulabilidad. La acción solo puede ser declarativa si la nulidad fuera una creación del ordenamiento jurídico, que se produjera *ipso iure*, porque solo entonces puede ser declarada. Por eso, la tesis de la acción declarativa en la anulabilidad no explica el contrato anulable, en la fase de provisionalidad, produzca indiscutibles efectos, que serían inconciliables con la declaración de una nulidad *ex ante*. Así, no es discutible que el contratante no especialmente protegido que paga el precio, no puede ejercitar la *condictio indebiti*. También es indudable que el contratante que ha sufrido un vicio de la voluntad (p. ej., dolo o error) puede válidamente, aun cuando tales vicios no han quedado desvanecidos, realizar eficazmente los actos para poner en mora al deudor. La tesis de la acción declarativa busca reforzar la situación de protección del contratante favorecido, pero se concilia mal con los términos de nuestro Código Civil. Frente a ello, se puede argüir que el Código ordena el efecto retroactivo, lo que no sería necesario en una acción genuinamente declarativa».

Por tanto, ante ausencia de previsión legislativa específica al efecto, solo podemos atender a la naturaleza del plazo de anulación previa realización de los anteriores análisis y tras el resultado propuesto, es decir, en función de la necesaria concepción constitutiva de la acción de anulación como facultad de modificación propia de un derecho potestativo atribuido al individuo en atención al interés general en la cesación de una determinada situación jurídica, siendo pues la conclusión de que la acción de anulación por vicio del consentimiento del artículo 1301 del Código Civil es una acción de caducidad y no de prescripción, quedando a la espera de que el Tribunal Supremo nos ofrezca su parecer razonado y motivado al respecto como ha realizado en relación con el *dies a quo*, de dicho plazo.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO. *Derecho Civil, I-2*, 1970; 2.º ed. 1973 y 10.ª ed. Bosch, Barcelona, 1989; y *II-1*, Bosch, Barcelona, 8.ª ed. 1989.
- AMORÓS GUARDIOLA. *Comentarios a las reformas del Código Civil*. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975. Tecnos, Madrid, 1975, Vol. II.

- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil, Libros Quinto y Sexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- BELLO JANEIRO. *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*. Bosch Editor. Barcelona, 1993.
- BONET RAMÓN. *Derecho Civil Común, I*, 1959.
- CASASAYAS RAMIS. El inicio del cómputo del plazo de nulidad del artículo 1301 del Código Civil en los contratos de tracto sucesivo no complejos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2016. *Revista de Derecho Civil. Vol. IV, I* (enero, marzo 2017).
- CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho Civil español común y foral. T 1, Vol. 2*, Reus, Madrid 14.<sup>a</sup> edición, 1984, revisada y puesta al día por De Los Mozos.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ. *La confirmación del contrato anulable*. Studia Albornotiana.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ. *Comentarios a las reformas del Código Civil*. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975. Tecnos, Madrid, 1975, Vol. II.
- DE CASTRO. *Temas de Derecho Civil*, 1972.
- *El negocio jurídico*. Editorial Civitas, 1985.
- DE LA CÁMARA. El nuevo artículo 1413 del Código Civil. *Anuario de Derecho Civil, III*. 1959.
- Adquisiciones a título oneroso por mujer casada con dinero presuntivamente ganancial. *Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre, Vol. II*, 1976.
- DELGADO ECHEVARRÍA. *Manual de las Nulidades del Contrato*, Zaragoza, 2003.
- DÍEZ-PICAZO. *La prescripción extintiva*. Thomson-Civitas, 2003.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*. Vol. I, Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007.
- DÍEZ PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos, 2012, 12.<sup>a</sup> ed.
- DORAL / DEL ARCO. *El negocio jurídico*. Trivium, 1982.
- GARCÍA AMIGO. *Instituciones de Derecho Civil, T. I*, Edersa, 1979.
- GARCÍA VALDECASAS, *Parte General del Derecho Civil español*, 1983.
- GÓMEZ CORRALIZA. *La caducidad*. Ed. Montecorvo, 1990.
- GULLÓN BALLESTEROS. *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*, 1969.
- LETE DEL RÍO. *Derecho de Obligaciones. Vol. II*, Ed. Tecnos, 1989.
- LUNA SERRANO. Los vicios del consentimiento contractual. *Estudios de Derecho mercantil en Homenaje al profesor Antonio Polo*, 1981.
- MOLLA SILVELA. *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 915/2016 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2016.
- MORENO LUQUE. Notas sobre la eficacia e ineficacia del negocio, inexistencia, nulidad, anulabilidad y rescisión. *Actualidad Civil*, 1986.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. *Derecho de Familia*. Universidad Complutense de Madrid, 1989.
- PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. *Anotaciones a Ennecerus/Lehman, I-2, Primera Parte*, 3.<sup>a</sup> ed. 1981. Segunda Parte, 3.<sup>a</sup> edición, 1981.
- Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación de 2009. Ministerio de Justicia.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 28 de abril de 1931 (RJ 1931, 2032).
- STS de 25 de abril de 1960 (RJ 1960, 2031).

- STS de 17 de febrero de 1966 (RJ 1966, 1531).
- STS de 11 de mayo de 1966 (Col. Leg. Núm. 346).
- STS de 28 de octubre de 1974 (RJ 1974, 3978).
- STS de 4 de abril de 1984 (RJ 1984, 1926).
- STS de 27 de marzo de 1987 (AC 1987, 529).
- STS de 2 de junio de 1989 (RJ 1989, 4283).
- STS de 17 de octubre de 1989 (AC 1990, 129).
- STS de 23 de octubre de 1989 (AC 1990, 161).
- STS de 25 de julio de 1991 (RJ 1991, 5421).
- STS de 5 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2390).
- STS de 27 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1332).
- STS de 1 de febrero de 2002 (RJ 2002,1586).
- STS de 27 octubre de 2004 (RJ 2004, 7199).
- STS de 5 de octubre de 2015 (JUR 2015, 239811 y JUR 2015, 244355).
- STS de 6 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 8008).
- STS de 9 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3439).
- STS de 23 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7136).
- STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6853).
- SPTS de 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 608).
- STS de 1 de julio de 2015 (JUR 2015, 176955).
- STS de 7 de julio de 2015 (RJ 2015, 4487).
- STS de 17 de febrero de 2016 (JUR 2016, 42397).
- STS de 20 de abril de 2016 (RJ 2016, 1687).
- SPTS de 19 de febrero de 2018 (Id Cendoj: 28079110012018100067).
- SAP de Cantabria (Sección 2.ª) núm. 586/2017 de 27 de octubre de 2017 (JUR 2017, 283329).
- SAP de Madrid (Sección 10.ª) núm. 511/2017 de 1 de diciembre de 2017 (JUR 2018, 21339).
- SAP de Barcelona (Sección 14.ª) núm. 685/2017 de 28 de diciembre de 2017 (JUR 2018, 20827).

## NOTAS

<sup>1</sup> MOLLA SILVELA. *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 915/2016 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2016.

<sup>2</sup> DE CASTRO. *El negocio jurídico*. Editorial Civitas, 1985, p. 509. En igual sentido, se pronuncia este autor en *Temas de Derecho Civil*, 1972, 178.

<sup>3</sup> DÍEZ PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos, 2012, 12.ª ed. 460.

<sup>4</sup> PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. *Anotaciones a Ennecerus/Lehman*, I-2, Primera Parte, 3.ª ed. 1981, 373 y 404, I-2 Segunda Parte, 3.ª edición, 1981, 771 y 1022.

<sup>5</sup> DE LA CÁMARA. El nuevo artículo 1413 del Código Civil. *Anuario de Derecho Civil*, III. 1959, 880; Adquisiciones a título oneroso por mujer casada con dinero presuntivamente ganancial. *Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, Vol. II, 1976, 191,223 y 225.

<sup>6</sup> BONET RAMÓN. *Derecho Civil Común*, I, 1959, 124, 132 y 554.

<sup>7</sup> CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho Civil español común y foral*. T 1, Vol. 2, Reus, Madrid 14.ª edición, 1984, revisada y puesta al día por De Los Mozos.

<sup>8</sup> ALBALADEJO. *Derecho Civil*, I-2, 1970; 2.º ed. 1973 y 10.ª ed. Bosch, Barcelona, 1989, páginas 472, 500, 537 y 538; y II-1, Bosch, Barcelona, 8.ª ed. 1989, 494.

<sup>9</sup> GULLÓN BALLESTEROS. *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*, 1969, 204.

<sup>10</sup> LETE DEL RÍO. *Derecho de Obligaciones*. Vol. II, Ed. Tecnos, 1989, 91.

<sup>11</sup> AMORÓS GUARDIOLA. *Comentarios a las reformas del Código Civil*. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975. Tecnos, Madrid, 1975, Vol. II, 979.

- <sup>12</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ. *Comentarios a las reformas del Código Civil*. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975. Tecnos, Madrid, 1975, Vol. II, 1060, 1061.
- <sup>13</sup> GARCÍA AMIGO. *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, Edersa, 1979, 874.
- <sup>14</sup> GARCÍA VALDECASAS, *Parte General del Derecho Civil español*, 1983, 441.
- <sup>15</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. *Derecho de Familia*. Universidad Complutense de Madrid, 1989, 178.
- <sup>16</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ. *La confirmación del contrato anulable*. *Studia Albornotiana*, 53.
- <sup>17</sup> LUNA SERRANO. Los vicios del consentimiento contractual. *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo, 1981*, 473.
- <sup>18</sup> DORAL / DEL ARCO. *El negocio jurídico*. Trivium, 1982, 350.
- <sup>19</sup> MORENO LÚQUE. «Notas sobre la eficacia e ineficacia del negocio, inexistencia, nulidad, anulabilidad y rescisión». *Actualidad Civil*, 1986, 2634.
- <sup>20</sup> GÓMEZ CORRALIZA. *La caducidad*. Ed. Montecorvo, 1990, 301, 599.
- <sup>21</sup> DELGADO ECHEVARRÍA. *Manual de las Nulidades del Contrato*, Zaragoza, 2003.
- <sup>22</sup> BELLO JANEIRO. *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*. Bosch Editor. Barcelona, 1993, 123.
- <sup>23</sup> BELLO JANEIRO, *op. cit.*, 118, 120 y 121.
- <sup>24</sup> CASASAYAS RAMIS. El inicio del cómputo del plazo de nulidad del artículo 1301 del código civil en los contratos de tracto sucesivo no complejos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2016. *Revista de Derecho Civil*. Vol. IV, I (enero, marzo de 2017).
- <sup>25</sup> Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación de 2009. Ministerio de Justicia.
- <sup>26</sup> Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Propuesta de Código Civil, Libros Quinto y Sexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- <sup>27</sup> Díez-PICAZO. *La prescripción extintiva*. Thomson-Civitas, 2003, 80.
- <sup>28</sup> Díez-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*. Vol. I, Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007, 594.
- <sup>29</sup> Díez-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*. Vol. I, Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007, 593 y 594.

### 3. URBANISMO

## Las cesiones obligatorias. Especial referencia a su inscripción unilateral a favor de la Administración

### *The compulsory land transfers. Special reference to the possibility of their unilateral registration by the Administration*

por

VICENTE LASO BAEZA

*Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico*

**RESUMEN:** La posibilidad contemplada en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, de inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, en orden a la inscripción de los terrenos de cesión obligatoria por certificación administrativa sin que haya de mediar el consentimiento del titular registral, la cual ha quedado reflejada tanto en la doctrina de los Tribunales de Justicia de Cataluña y el País Vasco como de la Dirección General de los Registros y del Notariado, plantea una diversidad de cuestiones que van desde su efectiva cobertura legal hasta la identificación precisa de sus presupuestos, cuya concurrencia, por lo demás, no siempre resulta sencillo precisar por razón de la posible aplicación alternativa de la expropiación forzosa por ministerio de la Ley respecto de suelos dotacionales emplazados en áreas consolidadas por la edificación cuando no fuera posible acudir a la reparcelación.

**ABSTRACT:** *Analysis of the possibility to obtain the registration of land transfers by means of an administrative certification without requiring the consent of the registered owner, provided by the Royal Decree 1093/1997, of 4 July, and reflected in the case law of the Superior Courts of Catalonia and the Basque Country and of the General Direction of the Registries and Notaries. This possibility raises several issues, ranging from its effective legal endorsement to its requirements, which are not always easy to determine because of the alternative possibility of implementing the expropriation of dotacional lands situated in building-consolidated areas when plot-redivision is not possible*

**PALABRAS CLAVE:** Cesión. Dotación. Inscripción unilateral. Reparcelación.

**KEY WORDS:** *Land transfer. Dotacional land. Unilateral registration. Plot-redivision*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIÓN INICIAL.—II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE OCTUBRE DE 2017 (RJ 2017, 4294): 1. EL ORIGEN DEL RECURSO DE CASACIÓN. 2. ANTECEDENTES MÁS RELEVANTES. 3. EL ALCANCE DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE OCTUBRE DE 2017.—III. LA CAUSA DE LAS CESIONES OBLIGATORIAS Y SU NATURALEZA JURÍDICA.—IV. LAS TÉCNICAS DE OCUPACIÓN UNILATERAL E INSCRIPCIÓN A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN.—V. EL CASO PARTICULAR DE LA INSCRIPCIÓN DE CESIONES OBLIGATORIAS EN ÁREAS CON EDIFICACIÓN CONSOLIDADA PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 30.2 Y 31 DEL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO: 1. CONSIDERACIÓN INICIAL. 2. LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE CATALUÑA Y EL PAÍS VASCO. 3. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—VI. PRESUPUESTOS GENERALES DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 30.2 Y 31 DEL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO: 1. LOS CONCEPTOS *REGULARIZACIÓN* O *LEGALIZACIÓN* COMO CAUSA DE LA INSCRIPCIÓN UNILATERAL. 2. LA NECESARIA CONSOLIDACIÓN DE LA EDIFICACIÓN DE LOS SUELOS DE REFERENCIA. 3. LA EFECTIVA CONSUMACIÓN DE LOS DERECHOS URBANÍSTICOS POR EL TITULAR DEL SUELO DE CESIÓN OBLIGATORIA.—VII. INSCRIPCIÓN UNILATERAL O EXPROPIACIÓN FORZOSA POR MINISTERIO DE LA LEY ANTE LA IMPROCEDENCIA DE LA EQUIDISTRIBUCIÓN.

## I. CONSIDERACIÓN INICIAL

Una reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2017 (RJ 2017, 4294) permite plantear el régimen jurídico de adquisición por la Administración de los suelos afectos a redes públicas y, más concretamente, los presupuestos que han de darse para que por su parte se pueda acceder a su inscripción unilateral a su favor en el Registro de la Propiedad en los términos en los que aparece previsto en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística.

La sentencia presenta en este sentido interés en la medida en que analiza el juego de la teoría del título y el modo en relación con las cesiones obligatorias en aquellos casos en los que la concesión de licencias de edificación va ligada a la formalización de la cesión de suelos dotacionales, lo que suscita el análisis de la respuesta dada desde el referido Real Decreto cuando, como se afirma en su Preámbulo, se carece de la titulación ordinaria o cuando habiéndose producido «*con anterioridad la apropiación de todas las facultades urbanísticas a favor de los particulares deban entenderse transmitidas las superficies de cesión obligatorias previstas en el planeamiento*», supuesto para el cual se «*establece un mecanismo que permite a la Administración la inscripción de las superficies de cesión obligatoria, si bien con la adopción de una serie de garantías y cautelas que evitan el que se acuda a este procedimiento cuando con él pudiere producirse a un particular un especial perjuicio, si la cesión obligatoria y el coste que ello supone debieran ser objeto de equidistribución*».

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE OCTUBRE DE 2017

### 1. EL ORIGEN DEL RECURSO DE CASACIÓN

El origen del recurso de casación se corresponde con una acción de dominio ejercitada por un Ayuntamiento para que se declarara de su propiedad dos fincas y se ordenara la inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad, fincas

que estaban comprendidas en la cesión de terrenos con destino a zona verde, vial, aparcamientos y ensanchamiento de una avenida a que se comprometió el constructor que obtuvo una licencia para edificar en 1988, ejercitándose la acción frente a quien se adjudicó las fincas en 1996 en un proceso de ejecución judicial y las inscribió en el Registro de la Propiedad.

Con carácter previo hubo un primer proceso en vía civil por el que el mismo Ayuntamiento obtuvo en 1996 sentencia de condena al constructor a otorgar escritura pública de cesión de los terrenos, la cual no llegó a ejecutarse, y un segundo proceso en vía contencioso-administrativa concluido mediante sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011 (RJ 2011, 1664) por la que se declaró la nulidad de un acuerdo del Jurado de Expropiación por entender que no procedía la fijación de justiprecio por cuanto la adjudicataria de las fincas se subrogó en los deberes urbanísticos y no estaba protegida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

## 2. ANTECEDENTES MÁS RELEVANTES

Son los siguientes:

a) Mediante escrito de 12 de abril de 1988 el titular entonces de las parcelas solicita licencia de obras de edificación al tiempo que manifiesta su intención de ceder los suelos afectos a zonas verdes, viales y aparcamientos, determinados locales y un chalet existente en la zona verde del Plan General.

b) Con base en la citada solicitud, el Ayuntamiento concede, el 10 de junio de 1988, la correspondiente licencia con las siguientes condiciones: la cesión para uso público y como suelo inedificable de una franja de zona verde 30 metros de ancho situada en el frente marítimo de la parcela y conectada con la zona verde del Plan General, así como de una edificación unifamiliar aislada, su ejecución y mantenimiento por los promotores, la presentación simultánea de los Proyectos de Ejecución de la obra de edificación y de las obras necesarias para cumplimentar las cesiones, la entrega de un aval en garantía de la ejecución de las obras, y, por fin, la formalización paralela de la entrega de las cesiones señaladas, formalización a la que se compromete el promotor el 6 de junio de 1988 con anterioridad a la terminación y puesta en servicio de las edificaciones.

c) El 23 de septiembre de 1994 el Ayuntamiento de Felanitx interpone demanda contra los promotores solicitando que se dictara sentencia condenándolos a otorgar las escrituras públicas de cesión de los viales, zonas verdes, aparcamientos y de los locales, la cual dio lugar a la sentencia estimatoria del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Manacor de 14 de marzo de 1996 confirmada por la dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 28 de abril de 1998.

d) A su vez, en los autos de juicio ejecutivo seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Manacor, se sacaron a subasta las fincas en cuestión y se aprobó el remate a favor de la entidad actora, la cual a su vez cedió el remate a una nueva compañía mercantil, dictándose auto de adjudicación a su favor el 28 de marzo de 1996 objeto de sucesiva inscripción en el Registro de la Propiedad el 10 de mayo de 1996.

e) Sucesivamente, el 2 de julio de 1996, la nueva titular de los terrenos instó la expropiación de dichos terrenos y se fijó su justiprecio el 31 de mayo de 2000 por acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, el cual fue

objeto de recurso contencioso-administrativo tanto por la propiedad como por el Ayuntamiento, estimándose únicamente el del segundo mediante sentencia de 27 de septiembre de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, anulando la resolución por considerar que la mercantil carecía de la condición de propietaria de los terrenos, sentencia luego confirmada en casación por la del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011 (RJ 2011, 1664).

### 3. EL ALCANCE DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE OCTUBRE DE 2017

Prescindiendo de las consideraciones de la sentencia sobre la buena fe del adjudicatario en subasta frente al verdadero propietario carente de la condición de titular registral, de ella interesa destacar su alcance en relación con la falta de entrega de las fincas, a cuyo fin de su contenido se destaca lo siguiente:

«1. Ciertamente, de acuerdo con la legislación urbanística aplicable en el caso, al tratarse de la obligación de ceder unos terrenos nacida de un compromiso con el Ayuntamiento, la adquisición por el mismo no se produjo de modo automático (...).

Descartada la adquisición automática de la propiedad del Ayuntamiento sobre los terrenos cedidos, la adquisición de la propiedad, queda sometida a la regla del artículo 609 del Código Civil que responde a la teoría del título y el modo.

2. No se discute en este momento la existencia de título. Título es la cesión de bienes contemplada en la licencia como condición y aceptada expresamente por el promotor, por lo que se produjo un acuerdo de voluntades entre el mismo y el Ayuntamiento.

Se discute en cambio si hubo tradición.

(...)

En el caso, a la vista de los hechos probados, no puede compartirse la valoración de la Audiencia de que no ha quedado acreditada la adquisición de la propiedad por el Ayuntamiento demandante y, por el contrario, esta Sala entiende que el Ayuntamiento adquirió la propiedad de las fincas litigiosas mediante tradición y que el hecho de que no se formalizara en ningún acta la toma de posesión no excluye que se produjera la tradición. Nuestro sistema se basa en la separación entre el título de efectos obligacionales y la tradición, pero no requiere que esta última tenga lugar mediante la entrega material ni tampoco mediante un acto formal. En este caso, la tradición deriva, no del acuerdo de cesión, sino de los actos posteriores realizados en cumplimiento de tal acuerdo.

La licencia preveía que se formalizaría la entrega de las fincas como cesión y esta formalización no tuvo lugar pero, como afirma correctamente la sentencia de primera instancia, la toma de posesión de los espacios se acredita «mediante la construcción de los inmuebles en los términos acordados (se observa en la sentencia del Juzgado núm. 3, entre otros escritos obrantes en autos, que la obra nueva se inscribió en el Registro de la Propiedad), unido al hecho de que, según la STS la demandada presentara poco después de dictarse a su favor el auto de adjudicación de los inmuebles un escrito al Ayuntamiento para la determinación del justiprecio “revelador del conocimiento de la ocupación de los mismos por la Administración municipal”».

La licencia explicitaba la condición de la cesión de los terrenos litigiosos para su destino y, al segregar las fincas, en la finca matriz se inscribió la obra nueva y en la descripción registral de las dos fincas segregadas objeto de este pleito se hizo constar su destino a zonas verdes, viales, aparcamiento y ensanche de avenida.



*Todo ello es revelador del cumplimiento por parte de la promotora de los compromisos materiales asumidos en el momento de la concesión de la licencia y pone de relieve que las fincas litigiosas quedaban sujetas a la voluntad del Ayuntamiento quien, en el sentido del artículo 438 del Código Civil, adquirió su posesión al mismo tiempo que la promotora la perdía (art. 460.2.º del Código Civil)».*

### III. LA CAUSA DE LAS CESIONES OBLIGATORIAS Y SU NATURALEZA JURÍDICA

Es un hecho notorio que principalmente a partir de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, que instauró con carácter general el régimen urbanístico del Suelo en España, como regla general es obligatoria y gratuita la cesión de terrenos para viales y espacios libres, cesión que aún cuando estaba limitada en aquella Ley fue exigible ya por entero a partir de la Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975.

El fundamento material sobre el que descansa la cesión es tanto el relativo a la absorción de las plusvalías generadas por el planeamiento urbanístico, como, de manera más objetiva, la contribución del titular del suelo a satisfacer las necesidades generadas por el propio hecho urbanizador.

Fue así conforme a tal fundamento como se planteó por la doctrina<sup>1</sup> el problema de su naturaleza jurídica; esto es, si al ser una cesión procedente de los instrumentos de planeamiento se producía aquella por el mero hecho de la aprobación del Plan o si, de acuerdo con la concepción tradicional de los modos de adquirir el dominio basada en la teoría del título y el modo, el Plan, que era únicamente la causa de la adquisición, debía verse acompañado de la entrega de la posesión a través de los proyectos de parcelación, reparcelación o compensación.

Este último fue el criterio mantenido con las particularidades derivadas de los siguientes supuestos: el caso en el que un solo propietario fuera el titular del suelo, puesto que la distribución de beneficios y cargas operaba por ministerio de la Ley dada la identidad unitaria del patrimonio; cuando, a pesar de ser varios los propietarios, fuera innecesaria la reparcelación por renuncia de aquellos y aceptación por la Administración de la localización del aprovechamiento que le correspondiera; por último, cuando habiéndose materializado el aprovechamiento urbanístico en cambio no se hubiera cumplido el pasivo de la relación jurídico-urbanística mediante la entrega de los bienes integrantes del equipamiento.

Poco tiempo después el Tribunal Supremo se hizo eco del anterior enfoque en su sentencia de 18 de mayo de 1987 (Ar. 5532) al decir que *«la doctrina se ha planteado la cuestión de determinar en qué momento se produce la cesión»*, a cuyo fin, frente al dilema de elegir entre *«el momento mismo de la aprobación del Plan (o), por el contrario, solo después, ya en fase de ejecución —aprobación definitiva del proyecto de compensación—»*, opta por la primera al decir que *«sin desconocer la base normativa de la última tesis, ha de recordarse la espiritualización, por decir mejor la desmaterialización del derecho de propiedad, pues el suelo que pertenece a una persona es solo un dato para determinar el contenido de su derecho»*.

Por ello, concluye diciendo que *«parece más adecuado atender al momento de la aprobación del Plan (...) aunque la localización del aprovechamiento solo se producirá en la fase de ejecución, lo que tiene escasa importancia dada la desmaterialización del derecho de propiedad»*.

Prescindiendo de las dificultades que desde el punto de vista civil comporta y al menos en el caso de los planes de iniciativa particular, esta tesis tuvo además un inequívoco apoyo en dos normas para sostener la cesión por ministerio de la Ley desde su publicación. De un lado, conforme a lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley Especial para el Municipio de Madrid, aprobada por Decreto 1674/1963, de 11 de julio, derogada por la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, artículo según el cual «*la aprobación definitiva de los planes parciales de iniciativa privada llevará consigo la cesión de pleno derecho al municipio de todos los terrenos destinados a vías, parques y dependencias públicas*». De otro, en el Decreto 1166/1960, de 23 de mayo, de Régimen especial para el Municipio de Barcelona, en cuyo artículo 53 se introdujo una previsión en todo idéntica a la del citado artículo 69, Real Decreto igualmente derogado por la Ley 1/2006, de 13 de marzo, de régimen especial del Ayuntamiento de Barcelona.

Por tanto, aún cuando según entendemos la aprobación del Plan produzca la cesión de pleno derecho del dominio y esta requiera de la tradición mediante los proyectos de equidistribución, debe entenderse, como una de las excepciones, el caso del propietario único, tal y como veremos a continuación<sup>2</sup>.

#### IV. LAS TÉCNICAS DE OCUPACIÓN UNILATERAL E INSCRIPCIÓN A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN

Como acabamos de exponer anteriormente desde el supuesto más estricto de exigirse no solo el Plan sino también la tradición por los procesos de equidistribución según hoy queda reflejado en el artículo 23.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015, las situaciones que sucesivamente en el tiempo se producen en la práctica administrativa y registral son diversas.

Así, el caso del propietario único que, al no tener que redistribuir los beneficios y cargas, asume en su única titularidad el conjunto de los deberes, o el ya apuntado del titular del suelo cuando hubiera materializado los aprovechamientos urbanísticos sin hacer frente a las cargas correlativas.

Los supuestos de innecesariedad de la reparcelación conforme a dos posibles versiones.

Por una parte la inicialmente prevista en los artículos 70 de la Ley Especial para el Municipio de Madrid y 54 del Decreto 1166/1960, de 23 de mayo, de Régimen especial para el Municipio de Barcelona cuando se refiere al aviso previo de ocupación de los terrenos por el Ayuntamiento, seguido o no de la petición de reparcelación por los interesados en el plazo de veinte días de tal manera que producida incluso la petición, si no fuera procedente, se llevaba a cabo la ocupación material siendo el título inscribible en el Registro de la Propiedad la certificación del acto de ocupación que consignaba en detalle el artículo 70, regulación que está en la base del apartado 2 del artículo 30 y del artículo 31 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio<sup>3</sup>.

De igual manera el artículo 73 del Reglamento de Gestión Urbanística se refiere a la declaración de innecesariedad de la reparcelación, lo que fue sancionado por la Dirección General de los Registros en la resolución de 12 de enero de 1988 a que más adelante se alude, la cual permite la inscripción también por acto unilateral de la Administración.

Por fin, la ocupación directa fue también referida por la Dirección General de los Registros en la resolución de 3 de octubre de 1996 y aunque en el caso

concreto lo niega llega a admitir la posibilidad de que se produjera, siendo en consecuencia posible la ocupación de los terrenos con la expedición de la certificación del acto de ocupación material y la consiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad, sujetándose a tal fin a lo dispuesto en el artículo 42 del Real Decreto 1092/1997, de 4 de julio.

V. EL CASO PARTICULAR DE LA INSCRIPCIÓN DE CESIONES OBLIGATORIAS EN ÁREAS CON EDIFICACIÓN CONSOLIDADA PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 30.2 Y 31 DEL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO

1. CONSIDERACIÓN INICIAL

El supuesto considerado, calificado como «*cesión unilateral*» por entender que «*la transmisión de los terrenos se produce por la sola concurrencia de la voluntad administrativa*»<sup>4</sup>, parte de la idea de que el propietario original de los terrenos afectos a red pública habría patrimonializado íntegramente el activo resultante del planeamiento, lo que justificaría, para su inscripción a favor de la Administración, tanto la innecesariedad del consentimiento del cedente como del pago de justiprecio alguno al mismo.

Es así, conforme a este planteamiento, como queda en efecto reflejado en la doctrina tanto de los Tribunales como de la Dirección General de los Registros y del Notariado de la que seguidamente se da cuenta.

2. LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE CATALUÑA Y EL PAÍS VASCO

a) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de diciembre de 2003 (RJCA 2004, 226)

La sentencia se refiere a la ocupación por un Ayuntamiento e inscripción a su favor, «*por su propia autoridad*», de un suelo cuyo destino dotacional y cesión sucesiva quedaban anticipados en un convenio de planeamiento al que siguió la tramitación de un instrumento de planeamiento cuyo contenido se apartó de los compromisos pactados en aquel, lo cual se fundó en los artículos 30.2 y 31 del RD 1093/97, de 4 de julio.

La sentencia, en razón del apartamiento del plan respecto de los términos del convenio y a la vista del carácter voluntario de la cesión, estima el recurso declarando la resolución del convenio y la nulidad y cancelación de la ocupación e inscripción en el Registro de la Propiedad de los suelos de cesión, señalando al respecto lo siguiente:

*«La cuestión que se debate respecto de este extremo es sumamente sencilla; los artículos invocados por la Administración para materializar la ocupación de terrenos y su inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad hace referencia a aquellos que son de cesión obligatoria, respetando el "numerus clausus" de los artículos 120, 121, 122 y 123 del TR/1990, sobre normas urbanísticas vigentes en Cataluña, pero no son aplicables a las cesiones voluntarias; por ello, tanto la ocupación de los citados suelos y de la finca segregada e inscrita a favor del Ayuntamiento de Igualada en el Registro de la Propiedad núm. 1 de dicho partido judicial es ilegítima y carente de cobertura jurídica, debiendo restituirse dicho suelo a los actores conforme a la situación anterior y anular y cancelar la inscripción causada».*

- b) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 29 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005, 2004)

En este caso, se trata también de la ocupación e inscripción con base en los artículos 30.2 y 31 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, de unos terrenos cuyo destino público estaba así previsto desde el planeamiento aplicable del que se dice que resultó «*el carácter público del dominio respecto del suelo objeto de inscripción, como el título para la actuación recurrida (el propio Plan)*», lo que así se considera en los siguientes términos:

*«Por cuanto que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30.2 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio, ha de entenderse que, con independencia del momento en el que se justifique se haya debido producir la cesión obligatoria de suelo en favor de la Administración municipal, lo cierto es que, realmente, el terreno es de cesión obligatoria con la edificación permitida por el planeamiento totalmente consolidada. Por tanto, el Plan habilita al Ayuntamiento a efectuar la actuación que se impugna.*

*Por otro lado, ha de señalarse que la expropiación realizada en 1967 no excluye la posibilidad de legalizar registralmente una situación que deriva de una cesión de terrenos obligatoria y mucho menos una mera licencia de vallado».*

- c) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de noviembre de 2011 (*JUR* 2012, 17355).

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de noviembre de 2011 se ocupa de si los artículos 30.2 y 31 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, daban cobertura suficiente a la tramitación de un expediente para la formalización de la cesión obligatoria a favor del Ayuntamiento de Irún del derecho de levante inscrito sobre una determinada finca registral.

A tal fin, de las calificaciones previstas por el planeamiento resultaron las dos siguientes parcelas finalmente edificadas sin existir remanente alguno de edificabilidad no materializada: la primera destinada a viviendas, locales comerciales en planta baja y sótano, y la segunda en superficie a nivel de calle destinada a aparcamiento público y jardines y bajo el nivel de calle a aparcamiento de vehículos particulares.

En cuanto se refiere a la segunda parcela, se recogió en su descripción registral la parte edificada en el subsuelo, la reserva por sus propietarios del derecho de levante sobre el edificio de aparcamiento sobre el techo del edificio a nivel de calle existente y de la cesión del techo del edificio de aparcamiento para viales, aceras, etc., al Ayuntamiento sin autorización de los titulares de las plazas de garaje, cesión que no se llegó a formalizar ante el Registro de la Propiedad no obstante lo cual se hizo efectivo el destino público del espacio sobre rasante.

Pues bien, la sentencia afirma que, de conformidad con el planeamiento, se debió formalizar la cesión de espacios públicos por estar agotado el aprovechamiento en relación con las edificabilidades previstas, de tal modo que procedía su inscripción al haberse configurado válidamente la certificación del referido artículo 31 como título válido para ello.

A partir de este punto, la sentencia dice lo siguiente:

*«Las previsiones en las que se soporta la sentencia apelada para revocar el acto administrativo y estimar el recurso contencioso administrativo,*

*el artículo 123 del Reglamento y Gestión Urbanística, y el artículo 162 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, no excluye en la conclusión anticipada, y ello, por un lado, porque el artículo 123 del Reglamento de Gestión se refiere a los efectos jurídicos reales de los proyectos de reparcelación, que enlaza con lo que se recoge en el artículo 168.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, que en el fondo lo que hace es reproducir el precepto reglamentario, dado que, como hemos señalado en otras ocasiones, el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 vino no solo a Refundir previas normas con rango de Ley, sino a integrar además de conclusiones de la jurisprudencia, determinadas precisiones que tenían previo rango reglamentario.*

*Esas previsiones no pueden considerarse que entren en aplicación cuando hemos de partir de que los aprovechamientos derivados del Plan Parcial se materializaron en las dos parcelas que hemos referido, una con destino a viviendas, locales comerciales en planta baja y sótano, y la segunda respecto al aprovechamiento bajo rasante en relación con el edificio destinado a garaje y aparcamiento de vehículos particulares, previéndose expresamente, en relación con este, que la superficie a nivel de calle tendría como destino aparcamiento público y jardines, ello en relación con la conclusión y punto de partida que hemos referido de que no quedó volumen edificable pendiente de ejecutar, no pudiéndose constituir un derecho indemnizable en los términos de la sentencia apelada y que han defendido los demandantes, ahora apelados, dado que las previsiones del artículo 123.1 del Reglamento de Gestión Urbanística y 168.2 del Texto Refundido Ley del Suelo de 1992, se estaban refiriendo a preexistencia de derechos reales o cargas incompatibles con el planeamiento, y aquí, obvio es en relación con lo que hemos referido, nada preexistente al respecto existía con carácter previo, dado que las parcelas se configuran con el planeamiento que se ejecuta, que vino a configurar un espacio público sobre el edificio destinado a garaje y aparcamiento de vehículos bajo rasante».*

### 3. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La Dirección General de los Registros y del Notariado se ocupó de la inscripción unilateral a favor de la Administración de los suelos afectos a redes públicas en tres resoluciones, todas ellas previas al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Tales resoluciones son las siguientes:

#### a) Resolución de 12 de enero de 1988

Conforme expresa la resolución de 12 de enero de 1988, la cuestión que decide es la de si es título suficiente para la inscripción a favor de un Ayuntamiento la certificación municipal acreditativa de que, en aplicación de los artículos 131.2 de la Ley del Suelo de 1976 y 188.3 del Reglamento de Gestión Urbanística, se ha producido la transmisión al municipio en pleno dominio y libre de cargas de determinado terreno de cesión obligatoria y gratuita, y acreditativa, también, de que ante la negativa del propietario a formalizar jurídicamente la cesión de los terrenos correspondientes, el Ayuntamiento hace uso de la facultad de ejecución forzosa que le concedía el artículo 102 de la entonces vigente Ley de Procedi-

miento Administrativo de 17 de julio de 1958 y otorga de oficio acta de ocupación como vehículo para obtener la inscripción.

Pues bien, conforme a la resolución, la ejecutividad del acuerdo por el que se declara la innecesariedad de la reparcelación *«produce de modo automático el traspaso dominical sin necesidad de concurrencia de la voluntad del sujeto afectado»*, lo que tiene como consecuencia que la cuestión debatida *«se desenvuelve en el plano formal de la documentación de una situación jurídico-real ya operada para su constatación registral y no en el sustantivo de la fijación del título material adecuado para que esa transmisión se produzca»*.

A partir de lo anterior y tomando en consideración la facultad certificante del Secretario de la Corporación Local, se considera que *«la simple certificación del Secretario con el visto bueno del Presidente de la Corporación, expresiva del acuerdo de innecesariedad de reparcelación y de la realidad, validez y eficacia de todos los presupuestos requeridos por la legislación urbanística para que aquel produzca el traslado dominical que se pretende inscribir, la vigencia del Plan que se ejecuta, la delimitación del polígono, adopción del oportuno sistema de actuación, etc., sería vehículo suficiente para el despacho del asiento solicitado»*, a lo que se añade que *«la no necesidad de prestación específica de su consentimiento por el sujeto afectado determina la inutilidad del recurso a la facultad de ejecución forzosa prevista en el artículo 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y más aun la exigencia de expropiación de lo que ya es titularidad del sujeto que habría de ser expropiante (...)»*.

#### b) Resolución de 27 de abril de 1993

En el caso de esta resolución el debate en ella planteado consistió en determinar si podía inscribirse a favor de un Ayuntamiento una finca de cesión obligatoria y gratuita que constaba inscrita a nombre de una entidad privada y que ello se hiciera a través de una certificación expedida por el Secretario municipal.

En este caso, invocando la anterior resolución de 12 de enero de 1988, se rechaza el acceso a la inscripción por falta de acreditación de que *«el procedimiento seguido para la cesión de viales era el apropiado por tratarse de un derecho adquirido por el Ayuntamiento conforme a la legislación entonces aplicable y si, en su caso, el particular que se sintiera perjudicado había pedido oportunamente la reparcelación de los terrenos»*.

#### c) Resolución de 3 de octubre de 1996

Como en las anteriores resoluciones, en la de 3 de octubre de 1996 se plantea la posibilidad de inscribir el acto administrativo de ocupación unilateral de determinados terrenos sujetos a cesión obligatoria por falta de su cesión voluntaria.

En ella, después de efectuar la sorprendente afirmación de que un instrumento de planeamiento parcial pudiera, como excepción a su cometido propio, adentrarse en el terreno de los instrumentos de ejecución y no solo cuantificar sino también concretar *«la ubicación de todos y cada uno de los terrenos sujetos a cesión»*, lo que realmente constituye, más bien, la regla de su cometido en el orden de la calificación de los terrenos, considera la posibilidad de la *«unificación instrumental»* de los planes de iniciativa particular y de los instrumentos de equidistribución.

Considera así la resolución que, *«en tal caso, el proyecto de compensación (...) carecería de sentido desde el momento en que tal objetivo estaría ya avanzado por el propio plan aprobado. De ser así, el mismo acuerdo de aprobación del plan parcial determinaría no solo los efectos que la Ley ha previsto para el mismo, sino también los que son propios de la aprobación del proyecto de compensación con la consiguiente transmisión por ministerio de la Ley de los terrenos sujetos a cesión a favor de la Administración»*.

Conforme a lo anterior, como sigue diciendo la resolución, *«existiría así el título material de transmisión y tan solo surgiría un inconveniente en orden a la formalización de esa transmisión, la necesidad de habilitar un título inscribible»,* a cuyo fin se acude nuevamente a la doctrina de la resolución de 12 de enero de 1988 de manera que *«la inactividad del titular registral sea suplida por la propia Administración en orden a procurarse el título inscribible por vía de ejecución subsidiaria»*.

## VI. PRESUPUESTOS GENERALES DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 30.2 Y 31 DEL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO

### 1. LOS CONCEPTOS *REGULARIZACIÓN* O *LEGALIZACIÓN* COMO CAUSA DE LA INSCRIPCIÓN UNILATERAL

Con base en lo dispuesto en los ya señalados artículos 70 de la Ley Especial para el Municipio de Madrid de 11 de julio de 1963 y 54 del Decreto 1166/1960, de 23 de mayo, de Régimen especial para el Municipio de Barcelona, fue, según se ha indicado, como se reguló en el apartado 2 del artículo 30 y el artículo 31 siguiente del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, el contenido de la certificación administrativa como título inscribible sin necesidad de consentimiento del titular registral respecto de las superficies de cesión obligatoria delimitadas por instrumentos de planeamiento dirigidos a la regularización o legalización de aquellos terrenos en los que la edificación permitida por el planeamiento estuviera completamente consolidada.

Decía así el referido artículo 70 que *«los planes parciales de ordenación serán ejecutivos en virtud de su aprobación definitiva y llevará aneja la inmediata ocupación de los terrenos de cesión obligatoria (...)»*, para lo cual por la Administración municipal previamente había de notificarse a los interesados el acuerdo de ocupación y si estos no solicitaban la reparcelación o solicitada no procedía, cabía acceder a la ocupación, constituyendo *«la certificación del acta que se extienda (...) título de la transmisión de dominio de las fincas o partes de las mismas y será inscribible en el Registro de la Propiedad»*.

En el modelo del Real Decreto 1093/1994, de 4 de julio, ciertamente con una cobertura legal al menos precaria, la causa de la inscripción unilateral de las cesiones descansa en dos premisas que necesariamente han de ser interpretadas según un significado divergente. Se trata, en efecto, de que, con la obligada presencia de la cobertura que confiere el planeamiento, en este se contemple, ya sea expresa o implícitamente, la tarea de *«regularizar»* o *«legalizar»* terrenos en los que la edificación permitida estuviera totalmente consolidada.

Así, de un lado, el término *legalización* unido a la circunstancia de estar consolidada la edificación apela claramente a supuestos de posibles urbanizaciones ilegales sin razonable vuelta atrás sobre las que se busca extender el manto sanador del planeamiento con el propósito de que cuenten con la cobertura jurídica necesaria para salir de un estado de clandestinidad, lo que desde luego no siempre resulta sencillo, especialmente en aquellos casos en los que desde la

Ley se imponen unos estándares de reservas de suelo para redes públicas que colisionan con la propia estructura de los suelos ya edificados o, también, por razón de la reserva de suelo que ha de ser soporte del aprovechamiento que por ministerio de la Ley corresponde a la Administración.

De otro, el término *regularización*, que no parece que debiera entenderse como mero sinónimo del término *legalización*, cabría considerarlo no ya desde la presencia de un previo asentamiento ilegal sino más bien referido al estado registral del suelo afecto a red pública, en unión, en todo caso, del presupuesto de ubicarse en áreas debidamente consolidadas por la edificación, alcanzando su regularización justamente por razón de su inscripción en el Registro de la Propiedad a favor de la Administración a partir de la expedición de la certificación administrativa de la que resulten las circunstancias contempladas en el artículo 31 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

## 2. LA NECESARIA CONSOLIDACIÓN DE LA EDIFICACIÓN DE LOS SUELOS DE REFERENCIA

Frente al sentido del término consolidación cuando va referido al suelo urbano, según el cual tendrán la condición de suelo urbano consolidado aquellos terrenos que constituyan solares o que puedan llegar a tener tal condición mediante obras accesorias y carecerán de ella las restantes superficies de suelo urbano que estuvieran ocupadas por la edificación en la dimensión en cada caso establecida por la legislación urbanística, cuando el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, utiliza la expresión consolidación lo hace a fin de identificar como nuevo requisito para acceder a la inscripción unilateral la circunstancia de que los suelos próximos se encuentren «totalmente» edificados.

Es decir, no se está haciendo referencia a las circunstancias de hecho concurrentes en los terrenos a los efectos de su posible clasificación como suelo urbano y, dentro de esta condición, de su asignación a una de las dos categorías que lo integran, consolidado o no consolidado, sino que alude a la presencia material de la edificación sobre los terrenos a los que habría de dar servicio la red pública cuya inscripción se practicaría a favor de la Administración.

## 3. LA EFECTIVA CONSUMACIÓN DE LOS DERECHOS URBANÍSTICOS POR EL TITULAR DEL SUELO DE CESIÓN OBLIGATORIA

El presupuesto anunciado, del que se ocupa más detalladamente el apartado siguiente, supone la necesidad de que quien hubiera sido propietario del suelo afecto a red pública al tiempo de la ejecución de la edificación hubiera recibido los aprovechamientos correspondientes en los respectivos suelos edificables, lo cual es determinante de la efectividad de la cesión, de su inscripción unilateral a favor de la Administración y de que así tenga lugar sin precisar el consentimiento del titular registral.

## VII. INSCRIPCIÓN UNILATERAL O EXPROPIACIÓN FORZOSA POR MINISTERIO DE LA LEY ANTE LA IMPROCEDENCIA DE LA EQUIDISTRIBUCIÓN

La señalada condición de los suelos de referencia como necesariamente consolidados por la edificación buscaría poner de manifiesto que los originarios



derechos urbanísticos del suelo afecto a red pública, aun sin haberse encontrado incursos en un proceso reparcelatorio en sentido estricto, ya quedaron consumidos precisamente por su materialización física en tales edificaciones y que por ello mismo resultaría improcedente toda posible pretensión de acogerse a un procedimiento de equidistribución. Es así, en este sentido, en el que parece que habría de entenderse la alusión que se efectúa en el artículo 31 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, a la oportunidad o procedencia de la equidistribución, por cierto, como ya se hacía por el artículo 60 de la Ley Especial para el Municipio de Madrid de 11 de julio de 1963.

Lo anterior, sin embargo, dista de poder presentarse como un argumento incontestable pues no siempre la consolidación por la edificación de los suelos a los que hubiera de dar servicio la red pública considerada permite presumir sin más que los aprovechamientos de los suelos de cesión ya hubieran quedado efectivamente consumidos por tal edificación.

A estos efectos, por ejemplo, baste tener presente la hipótesis de la existencia de terrenos afectos a redes públicas de cesión en suelo urbano que, frente al mandato previsto en el segundo párrafo del artículo 36.3 del Reglamento de Gestión Urbanística como manifestación del principio de equidistribución según el cual *«no podrán delimitarse polígonos ni unidades de actuación inmediatos a terrenos de cesión obligatoria y gratuita sin incluir en los referidos polígonos y unidades la parte correspondiente de los indicados terrenos»*, quedaran efectivamente excluidos sin margen para su titular a fin de hacer efectivos sus derechos mediante su materialización física a partir de la tramitación de un proceso reparcelatorio.

En tal caso al titular del suelo le quedaría como única alternativa viable la de acudir a la expropiación forzosa impuesta por ministerio de la Ley<sup>5</sup> con base en lo dispuesto en la legislación autonómica según el modelo del artículo 69 de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 para el caso de suelos inedificables por sus propietarios que no pudieran ser objeto de cesión obligatoria *«por no resultar posible la justa distribución de los beneficios y cargas en el polígono o unidad de actuación»*, supuesto del que, en el orden de la valoración de los terrenos, se ocupan los artículos 37.1.a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015, y 20.3 y 21 del Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley de Suelo a referirse y no de la valoración de los terrenos que *«no tienen asignada edificabilidad o uso privado por la ordenación urbanística»*. Así tiene lugar en correspondencia tanto con la jurisprudencia del Tribunal Supremo elaborada bajo la vigencia de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones reflejada, entre otras, en su sentencia de 13 de marzo de 2001 (RJ 2001, 6224)<sup>6</sup>, como de la posterior a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, recogida en la de 6 de junio de 2017 (RJ 2017, 2831)<sup>7</sup>.

En razón de lo anterior debe plantearse cuál habría de ser la razón determinante de que la Administración, ante un terreno afecto a red pública emplazado en un suelo urbano consolidado por la edificación que no fuera susceptible de reparcelación y que no tuviera inscrito a su favor, o bien tuviera que promover un procedimiento expropiatorio por ministerio de la Ley o bien pudiera hacer uso de las prerrogativas que le reconocen los artículos 30 y 31 del Real Decreto 1093/1997. O más bien, si, como es evidente, el primer supuesto presupone la propiedad del terreno por un tercero y el segundo por la Administración si bien careciendo de la condición de titular registral, ¿cuándo debería entenderse que la Administración fuera ya propietaria del suelo en cuestión pudiendo acceder, por ello mismo, a su inscripción unilateral a su favor?

La cuestión no es desde luego menor toda vez que, como advierte el Preámbulo del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, la inscripción unilateral pasa por «la adopción de una serie de garantías y cautelas que eviten el que se acuda a este procedimiento cuando con él pudiere producirse a un particular un especial perjuicio», cautelas que no pueden limitarse a la verificación de la procedencia o no de la reparcelación cuando siendo inviable pudiera ocurrir que también estuviera en juego la posible falta de reconocimiento del contenido de su derecho en razón del aprovechamiento del entorno.

Pues bien, en correspondencia con lo ya indicado más atrás, la pertenencia o procedencia original a un único titular del conjunto de los suelos, tanto de los edificados como de los que estuvieran afectos a red pública, revelaría la efectiva consumación de los aprovechamientos a su favor y, con ello, la efectividad de la cesión en beneficio de la Administración desde la misma aprobación del planeamiento.

En otras palabras, así como la propiedad bajo un único titular tanto de los suelos afectos a red pública como de los aprovechamientos lucrativos permite entender consumada desde el planeamiento la adquisición de los primeros por la Administración en los términos señalados por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1987 (Ar. 5532), de tal modo que la suerte posterior del suelo de cesión cuando fuera objeto de transmisión no puede perjudicar a la Administración en el sentido en que esta retendría la posibilidad de acceder a su inscripción a su favor no siendo por ello mismo procedente instar la expropiación por ministerio de la Ley, en sentido contrario, cuando se tratara de suelos pertenecientes a distintos propietarios sin haber dado opción a la reparcelación a aquel que lo fuera del suelo afecto a red pública, es claro que este sí que estaría legitimado para reclamar la expropiación de sus suelos y, correlativamente, no lo estaría la Administración para promover tal inscripción a su favor.

## CONCLUSIONES

I. La efectividad de las cesiones obligatorias de suelos afectos a redes públicas permite distinguir entre aquellos casos en los que opera desde la misma aprobación del planeamiento respecto de ámbitos de un solo propietario o de una pluralidad cuando fuera innecesaria la reparcelación y aquellos otros en los que, por no concurrir tales condiciones, a la aprobación del planeamiento ha de seguir la del correspondiente título reparcelatorio.

II. A tal efecto, en relación con el primero de los supuestos apuntado y con base en dos normas que por encontrarse ya derogadas cuestionan la existencia de cobertura bastante (el texto articulado de la Ley Especial para el Municipio de Madrid, aprobada por Decreto 1674/1963, de 11 de julio, y el Decreto 1166/1960, de 23 de mayo, de Régimen especial para el Municipio de Barcelona), se contempló en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, la posible inscripción de las cesiones obligatorias en virtud de certificación administrativa y sin ser preciso el consentimiento del titular registral.

III. Tal posibilidad, reconocida por los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña y el País Vasco y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, exige una cuidada verificación de sus presupuestos habilitantes ante el riesgo de causar un grave perjuicio al titular registral cuando pudieran no ser debidamente tenidos en cuenta por la Administración.

IV. Así, el objetivo definido desde el planeamiento a fin de regularizar o legalizar situaciones de urbanizaciones ilegales o de cesiones no consumadas, la efectiva consolidación de la edificación y la materialización plena de los derechos urbanísticos correspondientes a los suelos de cesión por su titular original al tiempo de acometerse el proceso edificatorio constituyen premisas necesarias sin cuya presencia la cesión unilateral considerada carecería de fundamento.

V. Por fin, entre los aludidos presupuestos y con el objetivo ineludible de no causar perjuicio al titular registral, resulta prioritario efectuar un nítido deslinde entre aquellos supuestos en los que la cesión unilateral fuera posible y aquellos otros en los que, precisamente por falta de materialización de los derechos urbanísticos por el titular original de los suelos, hubiera de acudir a la fórmula tradicionalmente contemplada en la legislación urbanística consistente en la expropiación forzosa impuesta por ministerio de la Ley cuando no fuera posible acudir a la reparcelación.

#### ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STSJ CATALUÑA de 4 de diciembre de 2003
- STSJ PAÍS VASCO de 29 de noviembre de 2004
- STSJ PAÍS VASCO de 23 de noviembre de 2011
- STS de 18 de mayo de 1987
- STS de 4 de octubre de 2017
- RDGRN de 12 de enero de 1988
- RDGRN de 27 de abril de 1993
- RDGRN de 3 de octubre de 1996

#### BIBLIOGRAFÍA

- ARNÁIZ EGUREN, R., *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Marcial Pons y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999.
- LASO MARTÍNEZ, J.L., *Derecho Urbanístico. La propiedad ante el planeamiento urbanístico*, Tomo III, Ed. Montecorvo, S.A., 1982.

#### NOTAS

<sup>1</sup> LASO MARTÍNEZ, J.L., *Derecho Urbanístico. La propiedad ante el planeamiento urbanístico*, Tomo III, Ed. Montecorvo, S.A., 1982, 138 y sigs.

<sup>2</sup> LASO MARTÍNEZ, J.L., *Derecho Urbanístico. La propiedad ante...*, Tomo III, Ed. Montecorvo, S.A., 1982, 143, señala que «el origen de la cesión se opera por ministerio de la Ley, en virtud de la supremacía y carácter privilegiado que la Ley concede al acto de aprobación de los Planes. En ese instante, por la mera aprobación, se halla ya consolidada, in nuce, la causa de la cesión. Pero su efectividad normalmente no se acompaña a este acto salvo en planes de ordenación de iniciativa privada de un solo propietario o de varios propietarios promotores exentos de reparcelar entre sí.

En los demás casos la efectividad de la cesión se traslada a un acto posterior, de mera individualización material de la configuración territorial del planeamiento, aunque de sustancial trascendencia patrimonial, como es la reparcelación. Es esta una institución mediante la cual se ponen en posesión los bienes cedidos por la causa legal del planeamiento, cerrando el ciclo de la ejecución patrimonial del Plan».

<sup>3</sup> ARNÁIZ EGUREN, R., *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Marcial Pons y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999, 270, así lo considera al advertir que «el criterio que se acepta por el texto reglamentario se apoya en el sistema establecido por las Leyes especiales antes citadas, en función de la idea previa de que nos encontramos ante un título inscribible de naturaleza administrativa (...)».

<sup>4</sup> ARNÁIZ EGUREN, R., *La inscripción registral...*, Marcial Pons y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999, 269.

<sup>5</sup> La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2018 (rec. cas. 2251/2016) señala lo siguiente en relación con el artículo 69 de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976: «El Ayuntamiento denuncia la infracción del artículo 69 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, al entender que no concurren en la finca expropiada los requisitos exigidos por dicho precepto y la jurisprudencia que lo interpreta, para dar lugar a la expropiación por ministerio de la ley. La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de examinar con frecuencia el alcance del referido precepto que dispone: «cuando transcurran cinco años, desde la entrada en vigor del Plan o Programa de Actuación Urbanística sin que se llevase a efecto la expropiación de los terrenos que, con arreglo a su calificación urbanística, no sean edificables por sus propietarios, ni hayan de ser objeto de cesión obligatoria por no resultar posible la justa distribución de los beneficios y cargas en el polígono o unidad de actuación, el titular de los bienes o, sus causahabientes advertirán a la Administración competente de su propósito de iniciar el expediente de justiprecio, que podrá llevarse a cabo por ministerio de la Ley si transcurrieren otros dos años desde el momento de efectuar la advertencia». Como señala la sentencia de 22 de marzo de 2013 (rec. 953/10): «interesa destacar ya desde este primer momento, que el precepto condiciona las expropiaciones por ministerio de la ley a dos condiciones, de una parte, que los terrenos no sean edificables por sus propietarios, esto es, que no se les asigne aprovechamiento patrimonializable por estar destinados a dotaciones. En segundo lugar y como premisa de lo anterior, que esos terrenos no puedan obtenerse por las cesiones obligatorias que se impone en la norma urbanística al efectuar la asignación de tales aprovechamientos a los propietarios afectados por la actuación urbanística, sobre la base de la justa distribución de beneficios y cargas». En otras palabras, el precepto establece la posibilidad de instar la expropiación por ministerio de la ley cuando, en primer lugar, la ordenación urbanística haya concluido en la asignación a los terrenos de una calificación en virtud de la cual no sean edificables por sus propietarios, refiriéndose a una ordenación que ha entrado en vigor y resulta efectiva en cuanto a la calificación que impida tal edificabilidad en el concreto terreno de que se trate. Y en segundo lugar, que en atención a esa ordenación urbanística los terrenos no formen parte o se integren en un ámbito, polígono o unidad de actuación susceptible de distribución de beneficios y cargas, en cuya virtud puedan ser objeto de cesión obligatoria, en cuanto carecería de justificación exigir a la Administración la expropiación de los terrenos que se pueden obtener por otro título legal menos gravoso para la misma. En estas condiciones se encuentra el fundamento de la institución que, como ha declarado esta Sala (sentencia de 21 de abril de 2005, recurso 6456/2001), está relacionada con la situación que comporta la determinación del planeamiento respecto de los terrenos que se someten al mencionado régimen, en cuanto son terrenos que ya aparecen, desde la aprobación del planeamiento, sujetos a una vinculación pública que los excluye del aprovechamiento patrimonializable que el planeamiento confiere a terrenos de similares características, pero con diferente calificación urbanística; lo cual comporta un gravamen para sus propietarios, por ello el Legislador no ha permitido que tales terrenos queden en esa indeseable situación de manera indefinida y se autoriza que sea el mismo propietario el que inste la expropiación, en una clara excepción a la regla general de que no cabe, en principio, obligar a la Administración a llevar a cabo la expropiación de bien o derecho alguno, como recuerda la sentencia de 9 de febrero de 2012 (recurso 6281/2008). En este sentido, la sentencia de 20 de diciembre de 2011 (rec. 5528/2008) precisa que: «constituye una excepción a la regla general según la cual no cabe, en principio, obligar a la Administración a expropiar (que)— tiene un marcado carácter tuitivo: sirve para evitar la indefensión de los propietarios que, como consecuencia del planeamiento urbanístico, quedan sin aprovechamiento alguno, facultándoles para forzar a la Administración a que les expropie, impidiendo así que su derecho de propiedad quede vacío de contenido económico (...) esta finalidad solo

tiene sentido, tal como se desprende del precepto legal arriba transcrito, cuando la imposibilidad de edificar dimana del propio planeamiento urbanístico. Es claramente un mecanismo de cierre de este último: cuando el contenido económico del derecho de propiedad afectado por el planeamiento urbanístico no puede satisfacerse por otra vía, como es destacadamente la de equidistribución de beneficios y cargas, debe procederse a la expropiación». Se desprende de todo ello, que es presupuesto para la recta aplicación de esta institución, el desarrollo de la ordenación urbanística en el nivel suficiente para definir de manera concreta y efectiva el aprovechamiento urbanístico del terreno y las condiciones de ejercicio, pues lo que justifica la expropiación por ministerio de la ley es la inactividad administrativa en la ejecución del planeamiento que ha definido suficientemente el alcance del derecho de propiedad, de ahí que el precepto se refiera al cómputo del plazo de advertencia, desde la entrada en vigor del Plan o Programa de Actuación Urbanística, y su finalidad es evitar que la inactividad administrativa perjudique o impida la efectividad del derecho del propietario en los términos definidos con carácter eficaz por el planeamiento. Expresado en sentido negativo, la institución no tiene por objeto solventar o remediar la posible omisión o retraso de la Administración en el ejercicio de sus facultades de ordenación urbanística, que tiene sus propios cauces legales en los términos que contempla la regulación de la participación de los ciudadanos en los procedimientos de elaboración y aprobación de los instrumentos de ordenación y el régimen de impugnación de los mismos; y menos aún se contempla por el legislador la posibilidad de utilizar la expropiación por ministerio de la ley como una modalidad de penalización de la inactividad administrativa en la ordenación urbanística».

<sup>6</sup> Dice la sentencia de 13 de marzo de 2001 (RJ 2001, 6224): «Según hemos declarado en nuestras sentencias de 18 de diciembre de 1992, 17 de marzo de 1993, 5 de febrero, 18 y 24 de junio, y 24 de octubre de 1994, 15 de julio de 1995, 2 y 29 de enero de 1996, 6 y 15 de febrero, 12 de abril, 21 de junio y 20 de noviembre de 1997, en los supuestos de terrenos sin aprovechamiento reconocido en el Plan a los que no resulte aplicable el valor reconocido a efectos de la contribución territorial urbana y siempre que no exista un polígono fijado a efectos de compensación del que pueda extraerse el aprovechamiento medio, el valor urbanístico reconocido en el Plan debe determinarse con arreglo al que corresponde a los terrenos colindantes o del entorno (...)».

<sup>7</sup> Dice la sentencia de 6 de junio de 2017 (RJ 2017, 2831), citando la previa de 12 de diciembre de 2016 (RJ 2017, 179), lo siguiente: «En el sentido expuesto hemos declarado en nuestra sentencia 2574/2016, de 12 de diciembre (RJ 2017, 179), en una situación similar a la de autos, que: En cuanto al aprovechamiento, como cabe concluir de lo antes razonado, al no tenerlo asignado la finca de autos en el planeamiento por su destino dotacional, deberá calcularse conforme a lo establecido en el mencionado precepto, es decir, será la edificabilidad media y el uso mayoritario en el ámbito espacial homogéneo en que por usos y tipologías la ordenación urbanística los haya incluido... El Legislador de 2007 ha prescindido de la delimitación del polígono fiscal que se establecía en la Ley de 1998, que por su excesiva amplitud obligaba a complejas determinaciones sobre usos predominantes no siempre fácil de utilizar a la hora de aplicar el cálculo del aprovechamiento, obligando a la aplicación de coeficientes de homogeneización difíciles de justificar detalladamente. Por ello se acude ahora al concepto jurídico indeterminado de ámbito espacial homogéneo, que ha de concretarse en función de los usos y tipología de las edificaciones, porque son esa uniformidad en el destino de los terrenos los que aconsejan extender a terrenos sin aprovechamiento en el planeamiento el aprovechamiento que previsiblemente habría conferido el planificador, caso de no haberse destinado los terrenos a dotaciones públicas sin adscripciones a unidades de actuación. Así pues, será el uso y la tipología, dentro del mismo, el que determinará la configuración del ámbito espacial homogéneo, porque serán esas determinaciones a las que deba aplicarse unas mismas normas de edificación. Y esas condiciones deberán ser tenidas en cuenta en cada caso concreto, de ahí que el Legislador haya dejado al intérprete determinar en cada caso el concreto ámbito espacial que reúne esas condiciones, haciendo abstracción tanto de los criterios espaciales que utiliza la normativa catastral e incluso la misma normativa urbanística. Y así ha venido a configurar el concepto del artículo 20.3.º del Reglamento de Valoraciones de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre (RCL 2011, 2019 y RCL 2012, 359), que sin ser aplicable al caso de autos nada impide utilizar como criterio interpretativo, al declarar que “se

entiende por ámbito espacial homogéneo, la zona de suelo urbanizado que, de conformidad con el correspondiente instrumento de ordenación urbanística, disponga de unos concretos parámetros jurídico-urbanísticos que permitan identificarla de manera diferenciada por usos y tipologías edificatorias con respecto a otras zonas de suelo urbanizado, y que posibilite la aplicación de una normativa propia para su desarrollo”.

En el sentido expuesto hemos declarado en nuestra sentencia de 18 de abril de 2016 (PROV 2016, 155474) (recurso de casación 841/2016) que “la finalidad de la fórmula de cálculo de la edificabilidad media en el Ámbito Espacial Homogéneo no es otra que el cálculo del aprovechamiento patrimonializable de terrenos que no lo tienen asignado por el planeamiento —atribución efectiva de usos e intensidades susceptible de adquisición privada—, es decir, la misma finalidad que la perseguida por el artículo 29 de la Ley del Suelo y Valoraciones 6/1998. La diferencia existente entre ambos preceptos radica en que mientras en el artículo 29 de la Ley 6/1998 (RCL 1998, 959) se atendía al aprovechamiento resultante de la media ponderada de los aprovechamientos, referidos al uso predominante, del polígono fiscal en que a efectos catastrales estuviese incluido el terreno, en el artículo 24.1 del TRLS 2/2008 y en el artículo 21 del RV se alude a la edificabilidad media del ámbito espacial homogéneo en que por usos y tipologías el planeamiento haya incluido a los terrenos, atendiendo al uso mayoritario.

De esta manera, mediante la aplicación de esta fórmula, a las parcelas dotacionales en suelo urbanizado les corresponderá una edificabilidad, a los solos efectos de su valoración, muy semejante o análoga a la de las parcelas edificables próximas que estén integradas en el mismo Ámbito Espacial Homogéneo, lográndose así un equilibrio más justo en la distribución de beneficios y cargas al comparar las parcelas con edificabilidad asignada (edificables) y las que no la tienen asignada (dotacionales) integradas en el mismo Ámbito Espacial Homogéneo.

Este es el criterio reiteradamente fijado por esta Sala Tercera, sección sexta, en las numerosas sentencias dictadas a la hora de aplicar e interpretar el artículo 29 de la Ley 6/1998 (RCL 1998, 959), siendo claro ejemplo de ello la dictada el día 11 de octubre de 2011 (recurso de casación núm. 1596/2008)».

#### 4. DERECHO BANCARIO

## La reintegración concursal de pagos preferentes realizados a favor de entidades bancarias fruto de operaciones sobre activos inmobiliarios

### *The revocation on preferential payments to banks arising from real estate operations in bankruptcy proceedings*

por

MIGUEL MARTÍNEZ MUÑOZ

*Profesor Colaborador Asistente de Derecho Mercantil  
Universidad Pontificia Comillas*

**RESUMEN:** Este trabajo pretende analizar la facultad de rescisión de los pagos preferentes realizados a favor de los bancos por el deudor con la finalidad de desvirtuar el principio de igualdad entre acreedores. Si se demuestra que la transmisión realizada durante un plazo determinado siendo el deudor insolvente vulnera la *par conditio creditorum*, el administrador concursal podrá anular dicho negocio y recuperar el activo transmitido en beneficio de la masa.

**ABSTRACT:** *This paper aims to analyse the revocation on preferential payments made by the debtor to banks in order to break the principle of equality among creditors. If it is shown that the transaction carried out during a certain period while the debtor was insolvent infringes the par conditio creditorum, then the trustee could avoid such payment and recover the transferred asset for the benefit of the estate.*

**PALABRAS CLAVE:** Rescisión. Transmisión preferente. Entidades bancarias. Administrador concursal. Masa activa. Principio de igualdad entre acreedores.

**KEY WORDS:** *Revocation. Preferential transfer. Banks. Trustee. Estate. Principle of equality among creditors.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN CONCURSAL: 1. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN. 2. EL CONCEPTO DE PERJUICIO.—III. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN.—IV. EFECTOS DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN.—V. OPERACIONES CON ENTIDADES BANCARIAS.—VI. CONCLUSIONES.

## I. PLANTEAMIENTO

Las situaciones de crisis empresarial o de proximidad a la insolvencia generan la realización de ciertas actuaciones que, en unos casos, pueden tener como finalidad intentar salvar la inminencia de la insolvencia, presupuesto objetivo del concurso de acreedores y, en otros, pretender defraudar los legítimos intereses de los acreedores en su conjunto, bien sea mediante la salida de activos o a través del pago preferente a ciertos acreedores en detrimento de otros.

Sea cual sea el fin perseguido, lo cierto es que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto el desarrollo de ciertas prácticas que se han venido realizando en el tráfico jurídico consistentes en el pago y cancelación de la totalidad o gran parte de la deuda mantenida con las entidades bancarias en el periodo sospechoso de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso<sup>1</sup>. En muchas ocasiones, los fondos necesarios para proceder a dichos pagos han tenido su origen en la realización de una serie de compraventas o de daciones en pago de inmuebles propiedad del deudor y en el que han sido partes implicadas, además de la sociedad concursada, las entidades bancarias prestamistas y sus sociedades gestoras de inmuebles.

Los antecedentes de estas operaciones se encuentran en un marco de falta de liquidez y sobreendeudamiento financiero en el que la mayoría de las empresas ha procedido a impagar las cuotas de los préstamos y créditos concedidos en una época anterior y más boyante, llevando consecuentemente a muchas de ellas a renegociar la deuda contraída con las entidades bancarias prestamistas de esas líneas de financiación. Algunos de aquellos deudores, como estrategias preconcursales y a los efectos de aligerar el pasivo de sus balances, han procedido a la realización de daciones en pago directamente con los bancos prestamistas o han desarrollado una serie de compraventas con las sociedades gestoras del patrimonio inmobiliario constituidas por las propias entidades bancarias. En todos esos supuestos el objeto ha consistido en patrimonio inmobiliario del deudor, el cual podía encontrarse gravado con algún tipo de garantía, principalmente la hipotecaria, cancelándose consecuentemente, total o parcialmente, el crédito existente tras la realización de los inmuebles.

En este contexto, si el concurso se declara dentro de los dos años siguientes a la fecha de ejecución de tales pagos, la Administración Concursal procederá a analizar la validez y pertinencia de dichos actos a la luz del interés del concurso, de tal suerte que si se considera que los mismos son perjudiciales para la masa, procederá el ejercicio de la acción de reintegración. El fundamento de dicho ejercicio reside en que la acción de reintegración o de rescisión concursal se reputa como uno de los mecanismos fundamentales para la culminación del proceso de formación de la masa activa, toda vez que el propio artículo 76 LC prevé que conforman la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento. En efecto, este proceso resulta de vital importancia para la satisfacción de los intereses de los acreedores en la medida en que habrá que examinar e inventariar los bienes y derechos del deudor concursado con los que hacer frente a los créditos concursales y contra la masa. Si se observa que dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso se han ejecutado actos que han tenido efectos perjudiciales para la masa activa, podrán aquellos ser rescindidos y ser los bienes o derechos objeto de esos actos reintegrados al concurso para acrecer la masa activa en beneficio de los acreedores.



Precisamente, se puede citar como ejemplo el caso objeto de resolución por la STS de 4 de noviembre de 2016. El supuesto de hecho consistía en determinar si resultaba perjudicial, a los efectos del ejercicio de la acción de reintegración concursal, que la sociedad deudora hubiera llevado a cabo unos pagos para cancelar una serie de contratos bancarios de póliza de crédito, de préstamo hipotecario y de aval bancario a favor de Banco Español de Crédito, S.A. (hoy Banco Santander, S.A. tras la absorción llevada a cabo). Los fondos para cancelar las deudas bancarias procedían de las compraventas de inmuebles realizadas entre el deudor, una sociedad de su grupo y las entidades gestoras del patrimonio de la entidad bancaria, de tal suerte que el montante resultante de las operaciones fue ingresado en una cuenta titularidad de la concursada en la entidad bancaria prestamista aplicada sin solución de continuidad a cancelar los saldos deudores de las referidas pólizas bancarias de crédito, préstamo hipotecario y aval. En este ámbito, declarado el concurso, la Administración Concursal ejercitó la acción de reintegración al entender que los pagos realizados a dicha entidad bancaria resultaban perjudiciales para la masa al suponer un pago preferente a favor de un acreedor (perjuicio a la masa pasiva) materializado a través de la compraventa de inmuebles, lo que implicaba salida de bienes de la masa del concurso (perjuicio a la masa activa).

El presente trabajo pretende analizar la problemática de las operaciones descritas así como los efectos que se desencadenarán como consecuencia de la rescisión concursal de las mismas, principalmente de cara a las entidades bancarias, poniendo igualmente de manifiesto ciertas cautelas o estrategias señaladas en la propia jurisprudencia.

## II. LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN CONCURSAL

### 1. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN

La acción de reintegración está regulada en el artículo 71.1 LC de la manera siguiente: *«Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta»*.

Tal y como puede extraerse de la dicción literal del precepto, se precisa la concurrencia de dos elementos para el ejercicio de la acción de reintegración. Por un lado, que se hayan realizado actos considerados perjudiciales para la masa activa y, por otro, que el acto en cuestión haya sido realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso. De esta forma, podrán impugnarse todos aquellos actos de disposición realizados por el deudor concursal dentro de ese límite temporal que constituye el periodo sospechoso de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. Ha de precisarse que el término «actos perjudiciales» recogido en la norma debe interpretarse en un sentido amplio de contratos o negocios, pagos y declaraciones unilaterales de voluntad que comporten un sacrificio patrimonial, incluyendo igualmente las conductas pasivas del deudor concursal que representen una pérdida de activo patrimonial<sup>2</sup>. Así, el fundamento de la ineficacia de estos actos reside en el mero perjuicio causado a la masa activa del concurso, sin que sea necesaria la concurrencia, en estos casos, de fraude entre los contratantes<sup>3</sup>.

Con respecto a la naturaleza concreta de la acción de reintegración, se debe poner de manifiesto que la propia norma apunta ya la misma al sostener que

«(...) serán rescindibles (...)». Es por esto por lo que la acción de reintegración es, primero y ante todo, una acción rescisoria, aspecto este que ha sido claramente confirmado por la jurisprudencia<sup>4</sup>.

En este sentido, el artículo 1290 del Código Civil establece que «los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la Ley». Se extrae así que únicamente son rescindibles los contratos, o actos en genérico, válidamente celebrados. No obstante, en el ámbito concursal existen ciertas dudas respecto de la naturaleza rescisoria de la acción de reintegración. Un sector doctrinal apunta que la acción rescisoria concursal se ejercita normalmente, y naturalmente, frente a actos válidos, es decir, sin la concurrencia de vicios o defectos en su celebración<sup>5</sup>. Sin embargo, por razones de oportunidad, la Administración Concursal ejercita la acción también contra actos no válidos, es decir, actos nulos o anulables que son igualmente perjudiciales para la masa. Este hecho quiebra en cierta medida la afirmación de que la acción de reintegración es una acción rescisoria y es lo que ha llevado a este sector a calificarla como una acción rescisoria especial al tener un campo de aplicación más amplio que la acción rescisoria general del Derecho común<sup>6</sup>.

En el ámbito concursal, por la propia configuración que el legislador ha querido dar a esta acción, se ha suprimido el requisito de la subsidiariedad exigido en el Derecho civil y, por ello, se utiliza esta acción para atacar actos válidos por la vía del perjuicio al ser la carga de la prueba necesaria mucho menor, pues bastará simplemente con probar que el acto es perjudicial para la masa activa. De esta forma, se utiliza la acción de reintegración «para todo» y no las acciones de impugnación previstas en la Ley. Además, la LC establece la no necesidad de existencia de intención fraudulenta o *consilium fraudis*, aspecto que sí exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo para la acción rescisoria por fraude de acreedores en el ámbito civil<sup>7</sup>. Es decir, la acción rescisoria civil tiene carácter subjetivo en la medida en que sí que se requiere que exista mala fe, aspecto que choca con el carácter objetivo de la acción de reintegración concursal, que únicamente precisa que el acto sea perjudicial para la masa, aspecto que se analiza a continuación<sup>8</sup>.

## 2. EL CONCEPTO DE PERJUICIO

Como se ha puesto de manifiesto, es en el concepto de perjuicio donde reside la esencia del régimen de la reintegración concursal. Uno de los requisitos establecidos en el artículo 71.1 LC para poder ejercitar la acción de reintegración es que los actos a rescindir hayan sido perjudiciales para la masa activa del concurso. Sin embargo, la cuestión acerca de qué es lo que se debe entender por perjuicio no está del todo clara<sup>9</sup>. Si bien la LC no proporciona una definición expresa de lo que considera «acto perjudicial para la masa activa», sí establece un sistema de presunciones que, si bien ayuda a discernir en ciertas ocasiones lo perjudicial de lo que no lo es, no soluciona del todo el problema al no ofrecerse un concepto unívoco.

El concepto de perjuicio concursal entraña la existencia de un daño patrimonial, es decir, de una disminución o menoscabo del patrimonio del deudor concursado o el impedimento de su aumento con afección a la masa activa. No obstante, no ha de soslayarse el efecto que dicho daño patrimonial genera sobre los propios acreedores, cuyos créditos conforman la masa pasiva, toda vez que los mismos se erigen en los principales perjudicados en la medida en que escapan bienes con arreglo a los cuáles satisfacer sus créditos. En este sentido, se

establece que si bien la literalidad de la norma es clara al sostener que solo son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa, también es cierto que dado que el sistema de reintegración persigue la mejor tutela de los acreedores, esta solo será salvaguardada si se toma en consideración a estos sujetos. De este modo, también habrá que afirmar el carácter perjudicial del acto del deudor cuando el mismo venga a incidir negativamente y de modo directo sobre estos acreedores, quebrándose así la regla de la *par conditio creditorum*<sup>10</sup>.

En definitiva, se advierte que resulta necesario ampliar la noción de perjuicio, de tal manera que la posible impugnación al amparo de estas normas no solo resultará procedente cuando el acto implique un menoscabo a la masa activa sino también una lesión a la igualdad de los acreedores concursales o masa pasiva<sup>11</sup>. Esta orientación resulta fundamental para la Administración Concursal, la cual se erige en legitimado principal para el ejercicio de esta acción. De esta forma, con su ejercicio debe la Administración Concursal procurar la integridad de la masa activa y, también, la protección de la regla de igualdad entre los acreedores en el concurso.

Por su parte, ha de señalarse cómo la jurisprudencia ha acogido mayoritariamente esta interpretación amplia del concepto de perjuicio y así ha entendido que existe este cuando, por un lado, el acto realizado por el deudor concursado supone una disminución del patrimonio y, por otro, cuando el acto rompe con el principio de la *par conditio creditorum*, privilegiándose a unos acreedores en detrimento de otros<sup>12</sup>.

En contra de esta interpretación amplia existe una corriente que aboga por una interpretación estricta del concepto de perjuicio, en virtud de la cual solo habrá perjuicio si se da un auténtico sacrificio patrimonial para la masa activa y dicho sacrificio no está justificado<sup>13</sup>. Es decir, se prescinde del posible daño a la masa pasiva y se circunscribe el perjuicio a la masa activa tal y como prevé la propia literalidad de la LC.

En el fondo, lo que late en esa concepción estricta de perjuicio es una consideración de que el principio de la *par conditio creditorum* es más mito que realidad en la medida en que legislador, doctrina, jurisprudencia y grupos de interés no han hecho otra cosa más que limitar, desvirtuar y degradar la esencia misma de la igualdad de trato entre acreedores allí donde precisamente debería haber un tratamiento igualitario. Así, se considera que llevar este principio hasta sus últimas consecuencias chocaría, en principio, con el concepto de justo, en la medida en que es justo que el acreedor que ha desarrollado una mayor inversión en la vigilancia del estado patrimonial del deudor pueda obtener una mejor satisfacción que aquel que ha permanecido indiferente. Además, es justo que aquellos acreedores que estudian el riesgo del deudor y que, al conocerlo, negocian y contratan provistos de garantías gocen de una mejor posición en caso de concurso.

Los privilegios son, en definitiva, la excepción y la ruptura de la *par conditio creditorum* de manera que los acreedores privilegiados no se someten a proporción alguna entre el total del activo del deudor común concursado y el pasivo<sup>14</sup>. Es decir, se argumenta que desde el momento en que se reconoce la existencia de privilegios, el principio de igualdad de trato quiebra, razón por la que la masa pasiva no debe considerarse a efectos de perjuicio. Se sostiene que antes de la situación de concurso, los acreedores no tienen derecho a un trato paritario porque sus situaciones son desiguales y que en lo único que son iguales es en que han de ser satisfechos en su deuda<sup>15</sup>. La *par conditio creditorum* no constituye un derecho subjetivo ni tampoco existe una solidaridad ideal que conlleve la *par conditio creditorum* pues el Derecho Concursal está encaminado a la cancelación

de las obligaciones de los acreedores y, con ello, a su satisfacción, lo cual pone de manifiesto cómo la concursabilidad es compatible con la disparidad de tratamientos de los acreedores y supone, en última instancia, la quiebra de este principio<sup>16</sup>.

No obstante esta posición a favor de una concepción estricta de perjuicio, ha de señalarse cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de forma mayoritaria, concibe el perjuicio desde una perspectiva amplia, integrando el daño causado a la masa activa y pasiva, si bien precisando que solo se causará un daño a la masa pasiva cuando al tiempo de satisfacer el crédito, el deudor concursado estuviera ya en estado de insolvencia y, por ello, debería haber solicitado el concurso<sup>17</sup>. Es decir, el pago realizado a favor de un acreedor no es perjudicial para la masa si dicho pago es debido y resulta exigible, salvo en aquellos supuestos en los que el deudor se encuentra en situación de insolvencia (o de proximidad a ella) y debiera haber declarado ya su concurso, toda vez que el principio de la *par conditio creditorum* resulta plenamente aplicable y se estaría ejecutando, en consecuencia, un pago preferente. Esta cuestión resulta de capital importancia en las defensas que están empleando las entidades bancarias en los casos de rescisión de operaciones que vienen a suponer un pago preferente, realizado antes de la declaración del concurso, tal y como se tratará *infra* y se ilustrará con el supuesto de la STS de 4 de noviembre de 2016.

Como ya apuntamos, la LC no define expresamente «acto perjudicial para la masa activa» y por eso establece una serie de presunciones, *iuris et de iure* en el artículo 71.2 LC y *iuris tantum* en el artículo 71.3 LC, que describen unas conductas que afectan tanto a la masa activa como a la pasiva y que, por ello, son merecedoras de una presunción de perjuicio con distinto alcance<sup>18</sup>. Así, los actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y los pagos o actos de extinción de obligaciones con vencimiento posterior a la fecha de declaración de concurso, salvo que contasen con garantía real, serán siempre perjudiciales sin admitir prueba en contrario<sup>19</sup>. Sí que admitirán prueba en contrario, por su parte, los actos dispositivos a título oneroso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas y, por último, los actos de extinción de obligaciones con vencimiento posterior a la fecha de declaración del concurso que estuvieran garantizadas con garantía real.

En estos supuestos, la Administración Concursal únicamente deberá probar la existencia del acto objeto de la presunción para que la reintegración tenga éxito. Si el acto a rescindir no estuviera previsto dentro del catálogo de presunciones, sí que deberá esforzarse la Administración Concursal en probar la existencia de perjuicio a las masas activa y pasiva, para lo cual deberá acudir a todos los medios de prueba que tenga a su alcance. Asimismo, el artículo 71.5 LC contempla una serie de supuestos irrevocables consistentes en los actos ordinarios de la actividad del deudor realizados en condiciones normales, los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados y las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y del FOGASA<sup>20</sup>.

### III. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN

Previamente a la iniciación del procedimiento, la Administración Concursal debe realizar una labor de investigación y retrotraerse hasta dos años antes de

la fecha de declaración del concurso para analizar si han podido llevarse a cabo, por parte del deudor, actos que tengan que ser rescindidos. En este sentido, el trabajo previo de la Administración Concursal resulta de vital importancia para proceder a la reintegración de aquellos bienes que han salido del patrimonio en perjuicio de los acreedores y poderse constituir así la masa activa con base en el principio de universalidad (art. 76 LC). Por ello, y siempre tendiendo a la consecución de tal fin, se aprecia que el momento temporal más eficiente para ejercitar la acción de reintegración es durante la elaboración del inventario por parte de la Administración Concursal, toda vez que será en esa fase cuando se realizará la necesaria labor de investigación y se observará qué bienes es preciso reintegrar a la masa<sup>21</sup>.

Así, con base en ese objetivo, una de las funciones principales encomendadas a la Administración Concursal es la de ejercer las acciones rescisorias y demás de impugnación [art. 33.1a) 6.º LC]<sup>22</sup>. El artículo 72 LC otorga la legitimación activa para el ejercicio de estas acciones a la Administración Concursal casi exclusivamente y ello con independencia del régimen de suspensión o intervención de las facultades del deudor. En efecto, la Administración Concursal es la legitimada principal en tanto que actúa en interés de la masa y no del concursado<sup>23</sup>.

Con carácter subsidiario, los acreedores que hayan instado por escrito el ejercicio de una determinada acción, señalando el acto concreto a rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitar la acción de reintegración si la Administración Concursal no lo hiciere en los dos meses siguientes al requerimiento. Con esta norma, la LC deja el poder de decisión final respecto de la reintegración en manos de los acreedores, algo que no está exento de crítica<sup>24</sup>. Se establece, en consecuencia, un sistema de legitimación activa en cascada, en la medida en que la Administración Concursal se erige en legitimada principal y directa para el ejercicio de la acción de reintegración y demás acciones de impugnación. En el caso de que la Administración Concursal no ejercite la acción a propuesta de los acreedores, podrán estos ejercitarla pero no podrán ejercitarla ambos colectivos a la vez, es decir, no puede haber concurrencia en el ejercicio de la acción<sup>25</sup>.

El carácter de legitimado principal de la Administración Concursal se ve reforzado con la exclusión de la legitimación subsidiaria de los acreedores para los casos de rescisión de acuerdos de refinanciación del artículo 71 bis LC, en los que únicamente podrá la Administración Concursal iniciar las acciones de rescisión e impugnación mediante la prueba del incumplimiento de alguna de las condiciones establecidas en aquel precepto.

Así, sea por iniciativa propia o a requerimiento de los acreedores, la Administración Concursal iniciará el procedimiento de rescisión mediante la presentación de una demanda que irá dirigida contra el deudor y contra todo aquel que haya sido parte en el acto que se pretende impugnar, sean acreedores, personas relacionadas con el deudor concursado o cualquier tercero (litisconsorcio pasivo necesario)<sup>26</sup>. Como decimos, el deudor concursado necesariamente será legitimado pasivo en la medida en que fue una de las partes en el negocio que se pretende rescindir con el ejercicio de la acción de reintegración. En este punto puede surgir un problema y es el de la coincidencia entre la administración concursal actora y la misma administración concursal como representante del deudor demandado cuando sus facultades hayan quedado en suspenso. Sin embargo, tal problema no debería surgir en tanto el artículo 54.3 LC prevé, precisamente para evitar esta paradoja, que el deudor podrá personarse y defenderse de forma separada en los juicios promovidos por la Administración Concursal, no teniendo en estos

casos las costas la consideración de deudas de la masa. Es decir, en estos casos el deudor conserva su capacidad procesal y podrá defenderse asistido por letrado y representado por procurador<sup>27</sup>.

Por otro lado, prevé expresamente el artículo 72.3 LC que, si el bien que se pretende reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda deberá también dirigirse contra esa persona únicamente cuando la Administración Concursal (o los acreedores subsidiariamente) pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irrevindicabilidad de la que goce a través de la protección dispensada por la publicidad registral (art. 34 LH).

El procedimiento que se seguirá en la sustanciación de la tramitación de la acción de reintegración o de cualquier acción de impugnación será el previsto para el incidente concursal. Así, la demanda presentada tendrá el carácter de incidental y se presentará en la forma prevista en el artículo 399 LEC (demanda para el juicio ordinario). Tras la presentación de la demanda, se emplazará a los demandados para contestar a la misma en el plazo de diez días y se seguirán los trámites para la vista previstos en el artículo 194 LC, si es que procede<sup>28</sup>. Será en esa demanda incidental donde la Administración Concursal habrá de consignar y probar el perjuicio del acto a rescindir, para lo cual podrá valerse de pruebas documentales, testificales, informes de peritos, así como de cualquier otra clase de prueba prevista en la legislación procesal civil. Evidentemente, en los casos en los que concurra una presunción *iuris et de iure* de perjuicio, la Administración Concursal no tendrá que aportar prueba alguna. En cambio, en caso de alegar una presunción *iuris tantum*, la carga de la prueba se desplazará a los demandados, los cuales habrán de probar que el acto no es perjudicial para la masa<sup>29</sup>.

El incidente concursal culminará con una sentencia que producirá efectos de cosa juzgada y que establecerá las consecuencias asociadas a la estimación de la demanda incidental de reintegración.

#### IV. EFECTOS DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN

El principal efecto asociado al éxito de la acción de reintegración es el hecho de que en la sentencia se declarará la ineficacia del acto impugnado y se condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel con sus frutos e intereses (art. 73.1 LC).

Del tenor literal del precepto observamos que es preciso que exista una resolución judicial que se pronuncie acerca del ejercicio de la acción de reintegración, de tal forma que una vez dictada una sentencia estimatoria, el efecto principal será la declaración de ineficacia del acto impugnado con la consiguiente restitución mutua de las prestaciones. Así, con carácter general, el tercero repondrá a la masa los bienes recibidos, junto con los frutos e intereses, y el deudor «devolverá» el derecho de crédito que se había extinguido, en caso de que el tercero fuese un acreedor, o surgirá un nuevo crédito por el dinero objeto del acto oneroso en caso de que el tercero no sea un acreedor. Se observa pues cómo la sentencia impone a un acto, estructural y formalmente válido, una ineficacia sobrevenida y funcional en atención al interés de la masa y de los acreedores<sup>30</sup>.

Uno de los problemas fundamentales en este punto será el de la ejecución de la sentencia, aspecto sobre el que la LC no se pronuncia y que sin duda alguna generará dificultades. La declaración de ineficacia del acto impugnado producirá la eliminación de los efectos económicos asociados al mismo y repondrá los patrimonios a la situación anterior a la celebración del acto. Sin embargo, la

declaración contenida en la sentencia de nada servirá si la misma no es ejecutada y ello producirá numerosos problemas, sea el acto rescindido un contrato bilateral, la concesión de una garantía o, por ejemplo, una modificación estructural, con las dificultades que este hecho entraña.

Por otro lado, la LC distingue entre si la persona que ha contratado, en sentido amplio, con el concursado, ha actuado de buena o de mala fe, atribuyendo una serie de efectos particulares en función de ese comportamiento. Así, siempre y cuando se haya actuado de buena fe, prevé la norma que el derecho a la prestación que surge como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa *ex* artículo 73.3 LC, debiendo en consecuencia satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes objeto del acto rescindido.

Por otra parte, si la persona con la que se contrató se ha comportado de mala fe, las consecuencias que prevé la LC son bastante más severas<sup>31</sup>. Con respecto a qué constituye mala fe, hay que entender que la misma está presente cuando se sabía, o no se podía ignorar, que la actuación a realizar era constitutiva de un acto perjudicial para la masa activa y que el deudor estaba en una situación patrimonial comprometida<sup>32</sup>. Para estos casos, la LC prevé la devolución del bien y la subordinación del crédito que surge de la restitución, lo cual implica que la prestación no goza del derecho a que se restituya al mismo tiempo que la entrega de los bienes reintegrados. Es decir, en estos casos desaparece la simultaneidad que está presente en el caso de la buena fe y, en consecuencia, las posibilidades de recuperación del crédito son mínimas ya que los créditos subordinados difícilmente son hechos efectivos.

Esta situación es la que normalmente concurrirá en la mayoría de los supuestos en los que la entidad bancaria lleve a cabo una estrategia preconcursal comprometida, toda vez que el perjuicio a la masa podrá ser acreditado por la Administración Concursal, con o sin la ayuda de las distintas presunciones *ex* artículo 71 LC, así como la mala fe del acreedor financiero al no poder ignorarse el estado de insolvencia inminente del deudor. En efecto, serán indicios de esa mala fe la celeridad de la propia operación a realizar así como las simulaciones que se llevarán a cabo, principalmente las de compraventas directas o a través de las entidades gestoras de activos con la consiguiente subrogación hipotecaria<sup>33</sup> para ocultar lo que en el fondo es una dación en pago. Por ello, además de rescindir la transacción y de que el bien que indebidamente salió del patrimonio del deudor retorne a él, se subordinará el crédito (normalmente privilegiado especial) de la entidad bancaria.

Además, tal y como señalamos anteriormente, la presencia de dolo o mala fe en el acto rescindido podrá entrañar la calificación culpable del concurso. En este sentido, si la persona con la que el deudor contrató actuó de mala fe, además de las consecuencias previstas acerca de la subordinación de su crédito y la ausencia de simultaneidad, podrá aquel ser declarado cómplice en la sección de calificación (art. 166 LC), pudiéndosele sancionar por alguna de las vías del artículo 172 LC<sup>34</sup>.

Por otro lado, se prevé un régimen especial *ex* artículo 73.2 LC para los casos en los que los bienes a reintegrar se encuentren en poder de un tercero. De esta manera, si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irrevindicabilidad o de protección registral (art. 34 LH), se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieron los bienes o derechos cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal. Si, por el

contrario, la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.

Se distingue en esta norma dos situaciones diferentes. Por un lado, que el tercero no haya sido demandado o, por el contrario, que habiendo sido demandado, la sentencia haya apreciado que actuó de buena fe o que goza de irreivindicabilidad o de protección registral<sup>35</sup>. En cualquier caso, el tercero subadquirente estará protegido en su adquisición del que fue parte con el deudor concursado en el acto rescindido y, por esta razón, será la otra parte en el acto la que será condenada a entregar a la masa el valor que tuvieron los bienes en el momento en que abandonaron el patrimonio del deudor más el interés legal correspondiente. En caso de que se apreciase mala fe en la parte que contrató con el tercero protegido, la condena será la de indemnizar los daños y perjuicios causados a la masa.

## V. OPERACIONES CON ENTIDADES BANCARIAS

Las entidades bancarias son acreedores recurrentes en la mayor parte de los procesos concursales declarados en los últimos tiempos. Obviamente, su presencia se debe a que son titulares de derechos de crédito reconocidos que tienen su origen en la financiación otorgada a particulares y empresas en los años anteriores a la situación de crisis económica. Normalmente, concurren a los concursos como acreedores privilegiados al ostentar sus créditos garantías sobre diversos tipos de bienes, tanto muebles como inmuebles, que aseguran en la mayor parte de los casos el cobro íntegro de las deudas. Sin embargo, todo concurso de acreedores conlleva un riesgo y, sobre todo, una serie de costes económicos, temporales y de transacción que muchos acreedores quieren evitar<sup>36</sup>.

Como se indicó, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto la práctica de ciertas operaciones en un momento cercano a la fecha de declaración del concurso en la que el deudor ejecuta ciertos actos de extinción de obligaciones con un vencimiento futuro o realiza verdaderos pagos por obligaciones vencidas, líquidas y exigibles. Estos negocios jurídicos pueden constituir estrategias preconcursales válidas de cara a la reducción del pasivo en un intento por resolver el estado de insolvencia o, por el contrario, buscar apartar del futuro procedimiento concursal a ciertos acreedores en perjuicio del resto. En cualquier caso, todo acto ejecutado en el intervalo temporal de los dos años anteriores a la declaración del concurso será examinado con atención por parte de la Administración Concursal de cara al ejercicio de la acción de reintegración *ex* artículos 71 y sigs. LC.

Concretamente, los negocios jurídicos sobre activos inmobiliarios han sido muy comunes en los últimos tiempos, implicando no solo a las entidades bancarias y a sus deudores sino también a las entidades gestoras del patrimonio de las primeras, así como a sociedades del mismo grupo de los segundos. En este sentido, se ha procedido a realizar tanto daciones de inmuebles en pago para extinguir directamente las deudas existentes como compraventas sobre dichos activos para que, una vez ingresado el importe de la venta, se saldase las obligaciones pertinentes. En cada operación, los sujetos intervinientes y las condiciones variaban para evitar precisamente la sombra del perjuicio y la posible reintegración concursal.

Como se adelantó, el supuesto de hecho de la STS de 4 de noviembre de 2016 ilustra perfectamente este tipo de situaciones. La sociedad deudora lleva a cabo una serie de pagos para cancelar un conjunto de contratos bancarios de



póliza de crédito, préstamo hipotecario y aval bancario suscritos en su día con Banco Español de Crédito, S.A. Los fondos para hacer frente a dichas deudas tenían su origen en las compraventas de ciertos inmuebles ejecutadas entre el deudor, una sociedad de su grupo y las entidades gestoras del patrimonio de la entidad bancaria. De esta forma, el importe resultante de las ventas fue ingresado directamente en una cuenta bancaria que la concursada tenía en la entidad prestamista, destinándose consecuentemente en su totalidad a cancelar los saldos deudores de las referidas pólizas bancarias. Los inmuebles vendidos pertenecían al deudor salvo uno, el de mayor valor, que era propiedad de una sociedad de su grupo. Es decir, una sociedad vinculada al deudor vendió un inmueble para cancelar una deuda ajena, lo que haría surgir consecuentemente un derecho de crédito dentro del propio grupo entre ambos socios.

Así, la Administración Concursal consideró estas compraventas y la extinción de obligaciones posterior como perjudicial para las masas activa y pasiva por acontecer una salida de bienes del patrimonio del deudor con los que realizar un pago preferente a un acreedor determinado, rescindiendo las mismas y subordinando el crédito del banco.

En primer lugar, hemos de señalar que tanto el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia como la Audiencia Provincial de Murcia, estimaron la acción de reintegración ejercitada por la Administración Concursal al considerar perjudiciales los pagos realizados a favor del banco, aspecto que no fue compartido por el Tribunal Supremo en tanto casó la sentencia dictada por la Audiencia Provincial revocando la rescisión del pago preferente ejecutado tiempo atrás. A este respecto, conviene precisar que la SAP de Murcia (Sección 4.ª) de 25 de julio de 2013, resolución contra la que Banco Santander, S.A. (entidad absorbente de Banco Español de Crédito, S.A.) interpone recurso de casación en el supuesto comentado, parte de que el pago de obligaciones vencidas y exigibles antes del concurso no es perjudicial en todos los casos, sino que el perjuicio tiene carácter excepcional. En principio, los pagos realizados en el periodo sospechoso estarían justificados y no ocasionarían perjuicio alguno para la masa activa y ello aún en mayor medida si se tratase de actos ordinarios de la actividad profesional de la sociedad mercantil deudora. La clave, señala la sentencia de la Audiencia, reside en la acreditación de la situación de insolvencia de la deudora en el momento de la realización de la operación, de tal suerte que si el acreedor conocía o no podía ignorar que su deudor era insolvente, será de aplicación el concepto amplio de perjuicio al pago realizado, tal y como se señala de forma mayoritaria por la doctrina y la jurisprudencia y hemos tratado *supra*.

En este sentido, el informe de la Administración Concursal justificaba de manera indubitada la situación de insolvencia en la que se encontraba la mercantil concursada cuando las operaciones objeto de rescisión fueron ejecutadas, aspecto tenido en cuenta por el juez del concurso y posteriormente por la Audiencia Provincial de Murcia. Asimismo, se entendió que la propia mecánica y la rapidez de la operación reforzaban el conocimiento de la delicada situación económica del deudor por parte de la entidad bancaria y, por tanto, demostraban la finalidad perseguida tendente a la cancelación de los contratos bancarios suscritos. El banco, con su actuación, resultaba ser el único beneficiado, cancelaba sus créditos y se situaba así al margen de una futura declaración de concurso, como en efecto así aconteció.

Por otro lado, Banco Santander, S.A. trató igualmente de justificar la irrevocabilidad de la operación sobre la base de su carácter de actividad ordinaria de la sociedad concursada. En concreto, el banco argumentaba que la venta de

los inmuebles por parte de una empresa dedicada a la promoción inmobiliaria se realizó a precio de mercado y en base a previas tasaciones actualizadas, extinguiéndose con el producto una obligación financiera ordinaria que estaba vencida e iba a generar importantes intereses de demora, gastos y costas a cargo del deudor. Sin embargo, tal manifestación no podía sostenerse por parte del juzgador al no ostentar la supuesta actividad ordinaria el carácter de habitualidad y ser la referida operación una forma encubierta de proceder a la liquidación de determinados créditos titularidad de la entidad bancaria prestamista<sup>37</sup>.

Finalmente, en lo que se basa el Tribunal Supremo para estimar el recurso de casación y afirmar la ausencia de perjuicio a la masa es en la procedencia de la finca cuya enajenación extingue la deuda con la entidad bancaria en gran parte, algo que resulta criticable cuando menos. En este sentido, el Alto Tribunal parte de que las compraventas encubren realmente daciones en pago de las que el banco era el único beneficiario y que, bajo ningún concepto, pueden considerarse actividad ordinaria desarrollada por el deudor. Además, se dice que para la consideración de la concepción amplia de perjuicio hay que estar a la acreditación de la situación de insolvencia del deudor en el momento de la realización del acto objeto de rescisión, circunstancia que acaece en tanto la entidad bancaria no solo conoció la situación de insolvencia sino que, además, las características de la operación mostraban que era consciente de que con la misma se afectaba negativamente a los demás acreedores.

No obstante lo mantenido, el hecho de que una parte sustancial de la deuda cancelada procediera de los fondos de la venta de una finca propiedad de una entidad del grupo del deudor, y no del propio deudor, hace que el Tribunal Supremo establezca la no existencia de perjuicio a la masa a pesar de todas sus consideraciones anteriores. Más en concreto, se considera que al haberse cancelado la mayor parte de la deuda que la sociedad deudora tenía con el banco prestamista a través de la dación en pago, simulada bajo una compraventa, de una finca que no era propiedad de la deudora, sino de una tercera sociedad perteneciente al mismo grupo, la operación no solo no fue perjudicial para la masa, sino que, incluso, fue beneficiosa en tanto se sustituyó un crédito de más de dos millones de euros que el deudor mantenía con el banco por otro crédito de un millón cien mil euros con una sociedad del mismo grupo, el cual tendría carácter subordinado si dicha sociedad procediera a reclamar el mismo a la concursada.

La doctrina que se extrae a este respecto de la STS de 4 de noviembre de 2016 es que para que proceda la acción rescisoria concursal basta con que concurra el elemento objetivo del perjuicio. Expresamente se dice que el perjuicio relevante para la estimación de las acciones de rescisión concursal es el que supone un sacrificio patrimonial injustificado. Por tanto, lo relevante para apreciar la concurrencia de ese elemento no es la intención que moviera al banco al realizar la operación, sino si la misma causó un sacrificio patrimonial injustificado. En efecto, en tanto la mayor parte del pago cuya rescisión se pretende con el ejercicio de la acción rescisoria concursal se hizo con el precio obtenido por una finca de una tercera sociedad perteneciente al mismo grupo que la concursada, el resultado fue la cancelación de un crédito contra un activo propiedad del deudor y otro procedente del patrimonio de un tercero, el más importante para extinguir dicho crédito.

En definitiva, lo que se concluye a la vista de la resolución judicial es que la intervención de una tercera persona en la cancelación de la deuda que la concursada mantenía con el banco determina que no concurra el requisito del perjuicio, pues excluye la existencia de un sacrificio patrimonial injustificado en

sede de la sociedad concursada, ya sea directo, porque su patrimonio sufriera una merma considerable, ya sea indirecto, porque se perjudicara la condición de otros acreedores estando la deudora en una situación de clara insolvencia.

La estrategia que se deduce claramente del supuesto de hecho comentado apunta a la intervención de terceros en todas las operaciones de cancelación de deuda bancaria con el fin de neutralizar cualquier tipo de posibilidad de rescisión concursal. En este sentido, si las entidades bancarias pretenden sortear la entrada en el concurso de acreedores de sus sociedades deudoras por la vía de las estrategias preconcursales de cancelación de deudas no vencidas a través de la dación en pago o la compraventa con subrogación hipotecaria de inmuebles habrán de plantear la posibilidad de que sean inmuebles propiedad de terceros los que sean destinados para tal fin<sup>38</sup>. De esta forma, el perjuicio no acontecerá en la medida en que no se producirá un sacrificio patrimonial injustificado. Obviamente, la intervención de terceros se explicará si nos encontramos ante supuestos de grupos de sociedades<sup>39</sup>, resultando de otro modo un supuesto extraño, salvo que surgiese de la ejecución de una garantía o se acordase la extinción de la deuda contra el pago realizado por un tercero conforme a lo previsto en los artículos 1158 y siguientes del Código Civil<sup>40</sup>.

En conclusión, creemos que la resolución judicial comentada abre la puerta a la realización de una serie de prácticas que, si bien no van a suponer un sacrificio patrimonial injustificado, sí van a constituir un pago preferente que va a perjudicar los intereses legítimos de los demás acreedores, incumpléndose consecuentemente el concepto amplio de perjuicio en tanto esa preferencia vulnera el principio de la *par conditio creditorum* y exista de hecho una situación o estado de insolvencia en el deudor aún no concursado. Sobre este extremo, el Tribunal Supremo deja entrever que, si bien puede perjudicarse el interés del resto de acreedores solamente en la parte de los bienes del deudor (no en la parte del crédito cancelada por la venta de la finca del tercero), la operación que se realiza tiene carácter unitario en tanto responde a una misma causa y función económica, no pudiendo desmembrarse la misma para rescindir la parte menos beneficiosa y dejar subsistente la beneficiosa. En definitiva, obsérvese cómo no es descabellado considerar que el resultado que se alcanza con esta doctrina jurisprudencial es el completo falseamiento del concepto amplio de perjuicio con el consiguiente daño a los derechos de los acreedores que no resultan ser destinatarios de los pagos preferentes.

## VI. CONCLUSIONES

I. El ejercicio de la acción de reintegración por parte de la Administración Concursal se reputa uno de los medios más idóneos para velar por la integridad de la masa activa. Como se ha tratado, es el perjuicio, y no el fraude, el presupuesto objetivo que tiene que concurrir necesariamente para que proceda el uso de la acción, debiendo contemplarse siempre dicho elemento desde una perspectiva amplia. Así, tan perjudicial para la masa será la salida de cualquier bien o derecho como el pago preferente realizado a un acreedor en detrimento de otros en un estadio de insolvencia, lo que supondrá en última instancia la vulneración del principio de igualdad de trato o *par conditio creditorum*.

II. La ejecución por parte de las entidades bancarias de ciertos negocios en un periodo de proximidad a la insolvencia hace que la Administración Concursal evalúe los mismos y acabe ejercitando la acción de reintegración si observa la

existencia de perjuicio. En los últimos años han sido relativamente frecuentes las operaciones con activos inmobiliarios como formas de cancelación de los contratos de préstamo o crédito existentes entre los bancos y los deudores luego concursados. Así, como estrategias para aligerar los pasivos de los balances y evitar la entrada en concurso de acreedores, se han realizado daciones en pago, simuladas muchas de ellas bajo la forma de compraventas, así como compraventas de activos inmobiliarios con subrogación hipotecaria. En todos los casos, el resultado consistía en la extinción de los créditos vigentes hasta el momento sobre la base de la salida de ciertos activos, lo que generaba un notable perjuicio para la masa cuando la sociedad deudora se encontraba ya en una situación cercana al estado de insolvencia.

III. Si bien la jurisprudencia se ha mostrado constante y decidida en la lucha de estas prácticas sobre la base de la rescisión concursal de las mismas y de la apreciación de la mala fe en la entidad bancaria prestamista, se han dado ciertos casos sorprendentes en los que no se ha procedido a rescindir una determinada transacción existiendo perjuicio en sentido amplio. El caso al que nos hemos referido, y que podría ser utilizado como estrategia para evitar el filtro de la acción de reintegración concursal por parte de los acreedores financieros, es aquel que supone utilizar a un tercero para cancelar con sus propios bienes las deudas bancarias ajenas. De esta forma, ha dicho el Tribunal Supremo, no existirá un perjuicio a la masa en el sentido de un sacrificio patrimonial injustificado al extinguirse las deudas del concursado tras la venta de los bienes de ese tercero, normalmente una sociedad perteneciente al mismo grupo que la sociedad concursada.

En este sentido, si bien entendemos la ventaja que supone cancelar un pasivo gracias a los fondos procedentes de la venta de activos ajenos al patrimonio del deudor, no hemos de perder de vista el prisma que da la *par conditio creditorum*, fundamento último del perjuicio en sentido amplio. Así, cuando ese negocio ventajoso haya sido realizado en un estado patrimonial cercano a la insolvencia, el principio de igualdad resultará plenamente aplicable a pesar de no haberse procedido a declarar aún el concurso, siendo ese pago preferente perjudicial para la masa a pesar de que los fondos procedan de la enajenación de bienes diferentes a los que integran el patrimonio del deudor.

IV. En conclusión, si bien ese tipo de actos jurídicos o de estrategias de intervención de un tercero no supondrían un sacrificio patrimonial desproporcionado para la masa activa, sí que existirá un perjuicio objetivo basado en la quiebra de la igualdad de trato de los acreedores, perjuicio que tendría que ser necesariamente suficiente para rescindir los actos realizados. Entender lo contrario supone neutralizar la doctrina del perjuicio en sentido amplio y terminar con el principio de la *par conditio creditorum*, abriendo la puerta a una serie de prácticas que pondrían en jaque ciertos aspectos del sistema de Derecho Concursal.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 30 de marzo de 2017
- STS de 4 de noviembre de 2016
- STS de 3 de noviembre de 2015
- STS de 24 de junio de 2015
- STS de 13 de julio de 2013
- STS de 10 de julio de 2013

- STS de 2 de julio de 2013
- STS de 24 de junio de 2013
- STS de 12 de diciembre de 2012
- STS de 8 de noviembre de 2012
- STS de 26 de octubre de 2012
- STS de 12 de abril de 2012
- STS de 27 de octubre de 2010
- STS de 16 de septiembre de 2010
- STS de 25 de junio de 2010
- STS de 24 de julio de 2007
- STS de 17 de julio de 2006
- STS de 28 de octubre de 1996
- SAP de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>) de 6 de noviembre de 2017
- SAP de Sevilla (Sección 5.<sup>a</sup>) de 10 de mayo de 2017
- SAP de Islas Baleares (Sección 5.<sup>a</sup>) de 28 de junio de 2016
- SAP de Pontevedra (Sección 1.<sup>a</sup>) de 13 de octubre de 2014
- SAP de Tarragona (Sección 1.<sup>a</sup>) de 19 de marzo de 2014
- SAP de Murcia (Sección 4.<sup>a</sup>) de 25 de julio de 2013
- SAP de Palencia (Sección 1.<sup>a</sup>) de 24 de marzo de 2011
- SAP de Zaragoza (Sección 5.<sup>a</sup>) de 25 de noviembre de 2010
- SAP de León (Sección 1.<sup>a</sup>) 12 de noviembre de 2010
- SAP de Asturias (Sección 1.<sup>a</sup>) de 15 de julio de 2010
- SAP de Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>) de 6 de febrero de 2010
- SAP de Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>) de 22 de mayo de 2008
- SJPI núm. 4 de Salamanca de 29 de febrero de 2016
- SJM núm. 9 de Barcelona de 9 de julio de 2015
- SJM núm. 1 de Badajoz de 26 de marzo de 2014
- SJM núm. 5 de Madrid de 29 de junio de 2012

## BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1996). Los costes de transacción. En J. L. Iglesias Prada (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo I, Madrid: Civitas, 131-162.
- ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, J. (2012). Aspectos procesales de la reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011). *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16, 43-66.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2003). El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico. En Á. Rojo (Dir.), *La reforma de la legislación concursal: jornadas sobre la reforma de la legislación concursal, Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002*, Madrid: Marcial Pons, 323-338.
- (2002). Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal. En R. García Villaverde/A. Alonso Ureba/J. Pulgar Ezquerro (Dir.), *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Madrid: Dilex, 153 y sigs.
- ESCRIBANO GAMIR, R. (2002). La reintegración de la masa activa del concurso. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 38, 47-88.
- ESPIGARES HUETES, J. C. (2011). *La acción rescisoria concursal*, Cizur Menor: Civitas.
- GARCÍA-CRUCES, J. A. (2014). Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores. La noción de perjuicio. En J.A.

- García-Cruces (Dir.), *La Reintegración en el Concurso de Acreedores*, Cizur Menor: Civitas, 31-72.
- (2011). Acción rescisoria concursal y mala fe de la parte *in bonis* (STS de 16 de septiembre de 2010). *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, 307-340.
- (2004). De la retroacción de la quiebra a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 2, 43-80.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F. (2014). Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración. En J.A. García-Cruces (Dir.), *La Reintegración en el Concurso de Acreedores*, Cizur Menor: Civitas, 175-210.
- GIRGADO PERANDONES, P. (2018). La acción rescisoria concursal frente a las garantías intragrupo. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 43, 89-112.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (2005). La acción rescisoria concursal. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 4125-4135.
- LEÓN LEÓN, F. (2004). Acciones de reintegración. En Á. Rojo/E. Beltrán (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Tomo I, Cizur Menor: Civitas, 1301-1321.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (2016). La Administración concursal en el ejercicio de la acción de reintegración. En Á. Rojo/A.B. Campuzano (Dir.), *La Administración Concursal. VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Cizur Menor: Civitas, 621-637.
- (2013). Preconcursalidad de inmobiliarias, entrega de viviendas y rescisión concursal. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 19, 295-303.
- PARRA LUCÁN, M.A. (2010). La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 19, 45-86.
- PEINADO GRACIA, J. I. (2005). La distribución del riesgo de insolvencia. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 427-465.
- PINAZO TOBES, E. (2012). El ejercicio de la acción rescisoria. La legitimación activa. En E. Beltrán/E. Sanjuán (Dir.), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. 19-21 de abril de 2012*, Cizur Menor: Civitas, 445-454.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (2012). El perjuicio para la masa activa. En E. Beltrán/E. Sanjuán (Dir.), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. 19-21 de abril de 2012*, Cizur Menor: Civitas, 129-162.
- SHAW MORCILLO, L. (2012). La legitimación pasiva en el ejercicio de la acción rescisoria. En E. Beltrán/E. Sanjuán (Dir.), *La reintegración de la masa. Congreso de Antequera. IV Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía. 19-21 de abril de 2012*, Cizur Menor: Civitas, 455-476.
- VEIGA COPO, A.B. (2011). *Tratado de la Prenda*, Cizur Menor: Civitas.
- VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B. (2012). La legitimación y las costas de la acción de reintegración. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 27, 303-324.

## NOTAS

<sup>1</sup> Véase a modo de ejemplo las SSTs de 4 de noviembre de 2016 y de 24 de junio de 2013; la SAP de Islas Baleares (Sección 5.ª) de 28 de junio de 2016; la SJPI núm. 4 de Salamanca

de 29 de febrero de 2016; la SJM núm. 9 de Barcelona de 9 de julio de 2015; la SJM núm. 1 de Badajoz de 26 de marzo de 2014 y la SJM núm. 5 de Madrid de 29 de junio de 2012.

<sup>2</sup> LEÓN LEÓN, F., 2004, 1305.

<sup>3</sup> Véase por todas la SAP de Sevilla (Sección 5.ª) de 10 de mayo de 2017.

<sup>4</sup> Véase las SSTs de 2 y de 10 de julio de 2013. En este sentido, la SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) de 13 de octubre de 2014 sostiene: «En definitiva, las acciones que contempla el artículo 71 LC bajo la denominación de “acciones de reintegración” se integran en la categoría jurídica de la rescisión, cuyo fundamento último se encuentra en el agravio jurídico patrimonial, esto es, en la existencia o causación de un perjuicio». Asimismo, la SAP de Tarragona (Sección 1.ª) de 19 de marzo de 2014 prevé: «En el 71 de la LC se insta una acción de naturaleza rescisoria que da lugar a lo que se designó como una rescisión concursal, la que nace con el concurso y únicamente cabe ejercitar durante su vigencia, pretendiendo ser una garantía para los derechos de los acreedores del concurso al pretender preservar la integridad del patrimonio que debe satisfacer sus créditos y salvaguardando la par condicio creditorum, para evitar una discriminación arbitraria de los acreedores a los que se debe pagar». En el mismo sentido, la SAP de Barcelona (Sección 15.ª) de 22 de mayo de 2008 mantiene el carácter rescisorio de esta acción cuando se pronuncia de la siguiente forma: «La rescisión responde mejor a la naturaleza jurídica de los actos o negocios realizados por el deudor un tiempo antes de la declaración de concurso (dos años), que en el momento de realizarse son válidos, por reunir los elementos esenciales del contrato (art. 1261 del Código Civil), no ser contrarios a una norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 del Código Civil), ni estar afectados por un vicio de anulabilidad (arts. 1300 y sigs. del Código Civil). No adolecen de ineficacia estructural alguna. En todo caso, si son susceptibles de rescisión es en atención al perjuicio posterior para los acreedores, que una vez declarado el concurso verán disminuidas la garantía de cobro por la aminoración del patrimonio del deudor como consecuencia de aquel acto. Se trata pues de una ineficacia funcional».

<sup>5</sup> Por todos, ESPIGARES HUETES, J.C., 2011, 32-37.

<sup>6</sup> ESCRIBANO GAMIR, R., 2002, 57, afirma que la acción rescisoria concursal descansa en la acción rescisoria civil pero que aquella presenta rasgos específicos que hacen que nos encontremos ante una acción de corte civil pero con una naturaleza especial. Igualmente, véase MARTÍNEZ MUÑOZ, M., 2016, 623.

<sup>7</sup> El *consilium fraudis* es un requisito consistente en la conciencia del deudor acerca del perjuicio que causa al acreedor con su acto, bien como actividad intencionada o dolosa. Véase GULLÓN BALLESTEROS, A., 2005, 4125 y sigs. En este sentido, véase también las SSTs de 4 de noviembre de 2016; de 3 de noviembre de 2015; de 25 de junio de 2010 y de 17 de julio de 2006.

<sup>8</sup> El hecho de que no se exija intención fraudulenta para el ejercicio de la acción de reintegración no significa que no tenga importancia. Si bien la intención fraudulenta (dolo o mala fe) no es requisito para la reintegración, el mismo es importante de cara a la sección de calificación en la medida en que, si concurre el requisito subjetivo, podrá calificarse culpable el concurso sobre la base del supuesto previsto en el artículo 164.2.5.º LC, es decir, por salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio del deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso. Así, una vez reintegrados los bienes, podrá la Administración Concursal y/o el Ministerio Fiscal instar la culpabilidad del concurso sobre la base de esta norma y, además, podrá declararse la complicidad de cualquier persona que haya colaborado con el deudor en esa salida fraudulenta de bienes.

<sup>9</sup> GARCÍA-CRUCES, J.A., 2011, 321; SANJUÁN Y MUÑOZ, E., 2012, 134 y sigs.; MARTÍNEZ MUÑOZ, M., 2016, 625.

<sup>10</sup> GARCÍA-CRUCES, J.A., 2014, 31 y sigs.

<sup>11</sup> En este sentido, prevé la SAP de Sevilla (Sección 5.ª) de 10 de mayo de 2017: «Se pretende, en resumen, evitar que un acreedor determinado y singular resulte beneficiado en relación al conjunto de acreedores. Sin que sea necesario que estemos ante un perjuicio directo, que tiene lugar cuando se produce una disminución del patrimonio, ya que alcanza, también, cuando este es indirecto, como ocurre cuando se da un trato privilegiado a un acreedor, sin causa justificada».

<sup>12</sup> La STS de 10 de julio de 2013 prevé: «La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones

concursoales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobrepasado el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado. Tal criterio ha sido seguido por la jurisprudencia al aplicar el régimen de retroacción de la quiebra, en que se ha afirmado el carácter perjudicial de una dación en pago de una deuda de entre las diversas que mantenía la quebrada con sus acreedores, en un momento en que ya se encontraba en estado de insolvencia y debía haber instado un proceso concursal para el pago ordenado de sus deudas conforme al principio de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores], con lo que privó a la generalidad de sus acreedores de un activo con el que debían satisfacerse sus créditos con arreglo a criterios concursales, favoreciendo a uno solo de sus acreedores, que se vio libre de tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar los créditos extinguidos con la dación en pago, en perjuicio del resto). También se ha aplicado tal criterio en el régimen actual de la Ley Concursal. Se ha afirmado que existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido. La razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", y que por ello no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa». Asimismo, en esta misma línea se manifiestan, entre otras, las SSTS de 24 de junio de 2015; de 13 de julio de 2013; de 8 de noviembre de 2012; de 26 de octubre de 2012; de 12 de abril de 2012; y de 27 de octubre de 2010.

<sup>13</sup> Véase la SAP de Palencia (Sección 1.<sup>a</sup>) 24 de marzo de 2011, que recoge lo expresado en la SAP de Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>) 6 de febrero de 2010; la SAP de León (Sección 1.<sup>a</sup>) 12 de noviembre de 2010 y la SAP de Zaragoza (Sección 5.<sup>a</sup>) 25 de noviembre de 2010.

<sup>14</sup> VEIGA COPO, A.B., 2011, 1085-1104.

<sup>15</sup> En este sentido, resulta muy clarificador lo previsto en la STS de 24 de julio de 2007: «(...) el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos (el cual puede determinar la rescisión de los actos judiciales para la masa activa), tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia, como se infiere del hecho de que el del Código Civil (art. 1292) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio qui suum recepit nullum videre fraudem facere (quien cobra lo que es suyo no defrauda)».

<sup>16</sup> PEINADO GRACIA, J.I., 2005, 427 y sigs.

<sup>17</sup> Por todas, véase la STS de 24 de junio de 2015.

<sup>18</sup> SANJUÁN Y MUÑOZ, E., 2012, 154 y sigs.

<sup>19</sup> Este último supuesto fue modificado por la Ley 38/2011, la cual introdujo la excepción de la garantía real para que pudiera probarse la ausencia de perjuicio. Es decir, antes de esta reforma, todo acto de extinción de obligaciones con vencimiento posterior a la fecha de declaración del concurso se presumía perjudicial *iuris et de iure*, aspecto que fue modificado para que, cuando esa obligación contase con garantía real, pudiera probarse la no concurrencia de perjuicio. El fundamento está, sin duda, en el tratamiento privilegiado concedido a los acreedores hipotecarios. Véase sobre este extremo MARTÍNEZ MUÑOZ, M., 2013, 295 y sigs.

<sup>20</sup> Los actos ordinarios realizados en condiciones normales son los supuestos mayormente alegados por quienes intentan evitar la rescisión concursal. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas las SSTS de 10 de julio de 2013; de 12 de diciembre de 2012 y de 28



de octubre de 1996) ha establecido que el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída sobre el artículo 878.II del Código de Comercio, que a partir de un determinado momento excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran ningún perjuicio. Tales actos ordinarios serían «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa». Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues responden a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere. La determinación de lo que puede considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial. Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales. Véase MARTÍNEZ MUÑOZ, M., 2016, 628-629.

<sup>21</sup> Véase, entre otras, la SAP de Asturias (Sección 1.<sup>a</sup>) de 15 de julio de 2010: «Hemos de tener presente asimismo que el ejercicio de las acciones de reintegración resulta viable cualquiera que sea la fase en que el proceso concursal se encuentre, desde el momento de la declaración judicial del concurso hasta el de su conclusión, y en este sentido el artículo 82-4 LC señala que el inventario de la masa activa elaborado por la Administración concursal con ocasión de la presentación de su informe deberá venir acompañado de una relación comprensiva de cuantas acciones debieran promoverse para la reintegración de la masa activa, previsión que encuentra su explicación simplemente en que de ordinario será este el momento en que la Administración concursal disponga de una mayor información a la hora de evaluar la procedencia y viabilidad del ejercicio de tales acciones. En cualquier caso, lo relevante a los fines que aquí se debaten es que no existe ningún condicionante de orden temporal ni supeditación a ninguna fase procesal para su planteamiento». PINAZO TOBES, E., 2012, 448.

<sup>22</sup> PARRA LUCÁN, M.A., 2010, 45 y sigs.

<sup>23</sup> VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., 2012, 313; LEÓN LEÓN, F., 2004, 1324; ESCRIBANO GAMIR, R., 2002, 82; PINAZO TOBES, E., 2012, 447. En concreto se considera que la Administración Concursal ejerce una legitimación por sustitución al ejercitar un derecho subjetivo que corresponde a los acreedores pero que se reputa en interés de la masa. Sobre este punto véase, HERRERO PEREZAGUA, J.F., 2014, 179-180.

<sup>24</sup> ESCRIBANO GAMIR, R., 2002, 82. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., 2002, 174, considera esta legitimación subsidiaria un error en la medida en que puede complicar innecesariamente la tramitación del procedimiento concursal. Véase las consideraciones realizadas a propósito de la legitimación subsidiaria de los acreedores en VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., 2012, 314-317 y HERRERO PEREZAGUA, J.F., 2014, 185-192.

<sup>25</sup> En el mismo sentido, tampoco podrá ningún acreedor coadyuvar a la Administración Concursal en la medida en que esta goza de una legitimación excluyente.

<sup>26</sup> SHAW MORCILLO, L., 2012, 455 y sigs.; HERRERO PEREZAGUA, J.F., 2014, 192.

<sup>27</sup> VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., 2012, 318 y HERRERO PEREZAGUA, J.F., 2014, 196-197.

<sup>28</sup> La Ley 38/2011 modificó la tramitación procesal del incidente concursal para restringir la celebración de las vistas y así otorgar mayor celeridad al procedimiento mediante la tramitación escrita, que es más rápida. Véase ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, J., 2012, 63.

<sup>29</sup> VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., 2012, 322 y LEÓN LEÓN, F., 2004, 1308.

<sup>30</sup> GARCÍA-CRUCES, J.A., 2004, 68. Sin embargo, se ha de precisar que la validez del acto no es requisito para el ejercicio de la acción de reintegración, razón por la que la

misma podrá ejercitarse siempre que exista perjuicio a la masa, sea el acto válido o no, lo cual conecta con su calificación por la doctrina como de una acción rescisoria especial.

<sup>31</sup> GARCÍA-CRUCES, J.A., 2011, *in totum*; MARTÍNEZ MUÑOZ, M., 2016, 634.

<sup>32</sup> Véase la STS de 30 de marzo de 2017, que establece: «Cuando el artículo 73.3 LC regula las consecuencias de la mala fe en la contraparte del concursado, exige algo más que el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor, así como de los efectos perjudiciales que la transmisión podía ocasionar a los acreedores. La mala fe está compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo. El subjetivo no requiere la intención de dañar, sino la conciencia de que se afecta negativamente —perjuicio— a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos, y se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que esta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico». Por su parte, la STS de 16 de septiembre de 2010 prevé: «La mala fe expresada, no requiere la intención de dañar, pues basta la conciencia de que se afecta negativamente —perjuicio— a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos. Este aspecto subjetivo se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que esta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico».

<sup>33</sup> MARTÍNEZ MUÑOZ, M., 2013, 302.

<sup>34</sup> Las principales sanciones que pueden derivarse para los declarados cómplices en un concurso culpable serán la pérdida de cualquier derecho que el cómplice tuviera como acreedor así como la devolución de los bienes o derechos recibidos del patrimonio del deudor. Además, la sentencia de calificación podrá condenar al cómplice, sea o no acreedor, a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

<sup>35</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A., 2005, 4125 y sigs.

<sup>36</sup> En este sentido, véase ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1996, 144-145: «El coste fundamental es el de vigilancia de la conducta del deudor. (...) Por tanto, los costes fundamentales para el acreedor son los de garantizarse el cumplimiento por parte del deudor. El acreedor —por definición— otorga crédito, es decir, el riesgo de incumplimiento está presente y, por lo tanto, cabe esperar que se inviertan recursos costosos en garantizar que el deudor cumplirá. En caso de incumplimiento, además, el acreedor ha de contar con los costes de ejecutar judicialmente el contrato o de ser indemnizado de los daños sufridos. Por último, una vez realizado el intercambio, el acreedor ha de contar con la posibilidad de que un tercero (el Estado u otro particular) le prive del derecho adquirido por cualquier razón». Igualmente, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., 2003, 323 y sigs.

<sup>37</sup> Tal y como establece la SAP de Murcia (Sección 4.ª) de 25 de julio de 2013: «Se trataría en definitiva, como se indica por la propia concursada en su escrito de oposición al recurso de adverso, de una operación que no deja liquidez, pues se realiza en pago de créditos no vencidos y a través de una operación previa claramente fiduciaria y simulada que oculta una dación en pago, que como decíamos en la sentencia antes citada de 23 de marzo de 2009, excluye que la operación pueda gozar del carácter ordinario que la recurrente le atribuye y aún en mayor medida cuando la singularidad de la misma excluye asimismo el requisito de “habitualidad” que también se exige al respecto».

<sup>38</sup> MARTÍNEZ MUÑOZ, M., 2013, 295 y sigs.

<sup>39</sup> Véase ampliamente sobre esto GIRGADO PERANDONES, P., 2018, 89-112.

<sup>40</sup> Sin perjuicio de la intervención de un tercero, habrá de estarse a la propia situación de insolvencia en la que podrá incurrir dicho tercero por auxiliar en la forma que sea a otras sociedades frente a los acreedores bancarios, pudiendo rescindirse en sede concurso de esta sociedad cualesquiera actos realizados para cubrir las deudas ajenas. Véase como ejemplo de un supuesto semejante la SAP de Madrid (Sección 28.ª) de 6 de noviembre de 2017.



# ACTUALIDAD JURÍDICA



## Información de actividades

### ARAGÓN

El día 14 de febrero de 2018, organizada por la Fundación Manuel Giménez Abad, tuvo lugar la JORNADA *HOMENAJE A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN SU 40 ANIVERSARIO*, con el siguiente programa:

Inauguración y presentación: don José TUDELA ARANDA, secretario general de la Fundación, y don Antonio TORRES DEL MORAL, catedrático de Derecho Constitucional, UNED.

#### Ponencias:

«Crisis de la representación, legitimidad de ejercicio y formas de responsabilidad», por doña Paloma BIGLINO CAMPOS, catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid.

«Los derechos educativos», por don Carlos VIDAL PRADO, profesor titular (AC) de Derecho Constitucional, UNED.

«Redacción de la Constitución en clave no masculina», por don Antonio TORRES DEL MORAL, catedrático de Derecho Constitucional, UNED.

«La organización territorial de España: Estado de la cuestión y claves para la reforma», por don Gregorio CÁMARA VILLAR, catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Granada.

Debate: *Presente y futuro de la Constitución Española de 1978*

El día 22 de febrero, organizada por la Fundación Peter Háberle, la Fundación Manuel Giménez Abad y la Cátedra Jean Monnet «*ad personam*» de Derecho Constitucional Europeo y Globalización, tuvo lugar la JORNADA *PERSPECTIVAS ACTUALES DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA*, con arreglo al siguiente programa:

Conferencia Inaugural: *La identidad europea como problema constitucional*, por D. Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid.

Sesión I:

Presidente de la mesa: D. Gregorio CÁMARA VILLAR, catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Granada.

«La Unión europea frente al Brexit y otros procesos disgregadores en el contexto global», por D. Francisco BALAGUER CALLEJÓN, catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Granada.

«Unión Europea ¿freno o garantía de democracia de los Estados miembros?», por Dña. Paloma BIGLINO CAMPOS, Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid.

Mesa Redonda:

Presidente de la Mesa: D. José TUDELA ARANDA, secretario general de la Fundación Manuel Giménez Abad.

*La participación de las regiones en el control de la subsidiaridad*, por D. José Antonio MONTILLA MARTOS, catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Granada.

*El derecho indirecto de iniciativa del Parlamento Europeo y la erosión de los poderes de la Comisión*, por D. José María PORRAS RAMÍREZ, catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Granada.

*Incumplimiento del Derecho de la Unión Europea y Directivas: La necesaria mejora de los procedimientos internos de transposición*, D. Isaac MARTÍN DELGADO, profesor titular de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha.

*Claves del Marco financiero plurianual de la UE posterior a 2020*, D. Mario KÖLLING, investigador de la Fundación Giménez Abad y profesor de Ciencia Política UNED.

Mesa Redonda:

Presidente de la Mesa: D<sup>a</sup> Paloma BIGLINO CAMPOS, Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid.

*El derecho de participación política en la jurisprudencia europea*, por D. Agustín RUIZ ROBLEDO, Universidad de Granada.

*Integrismos, identidades e integración en Europa*, por D. Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Granada.

*Seguridad, Constitución y lucha contra el terrorismo: Una perspectiva de Derecho Constitucional Europeo*, por D. Enrique GUILLÉN LÓPEZ, profesor titular de Derecho Administrativo, Universidad de Granada.

*Problemas en la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, por D. Augusto AGUILAR CALAHORRO, profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Granada.

Sesión de tarde:

Presentación del libro «Estudios en Homenaje al Profesor y Magistrado Luis ORTEGA ÁLVAREZ»

Presidente de Mesa: D. Fernando LÓPEZ RAMÓN, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza.

Intervienen los Profs. Drs. D. José TUDELA ARANDA, D. Juan José SOLOZÁBAL, D. Isaac MARTÍN DELGADO y D. Francisco BALAGUER.

El día 1 de marzo, organizada por el Ilustre Colegio Notarial de Aragón, tuvo lugar, a cargo del notario don Fernando GOMÁ LANZÓN, la CONFERENCIA *ACTAS Y ESCRITURAS NOTARIALES: ÁMBITO Y APLICACIONES EN EL MUNDO DIGITAL*.

El día 12 de marzo tuvo lugar la EXPOSICIÓN *MUJERES PIONERAS DEL DERECHO EN ARAGÓN: DE LAS AULAS DE LA FACULTAD AL EJERCICIO PROFESIONAL, 1914-1971*, organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

Conferencia Inaugural:

«Mujeres y Ciencia Jurídica, el camino recorrido y por recorrer», por doña M.<sup>a</sup> Ángeles PARRA LUCÁN, magistrada del Tribunal Supremo y Catedrática de Derecho Civil, y doña Belén CAUSAPÉ GRACIA, Doctora en Relaciones de Género.

## MADRID

El día 17 de mayo, se celebró en Madrid, en la sede del Consejo General de la Abogacía, el CONGRESO *NUEVAS TECNOLOGÍAS - DERECHO Y EMPRESA*, organizado por la Universidad Rey Juan Carlos

Presentación:

D. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado.

D. Alex PREUKSCHAT, Blockchain España.

D. Alberto ALONSO UREBA, catedrático de Derecho Mercantil URJC.



Mesa 1: *Ecosistema Fintech: modelos de negocio, operativa en mercado estandarización.*

Moderadora: Dña. Carmen ALONSO LEDESMA, catedrática de Derecho Mercantil y Consejera del Banco de España.

Ponencias:

«Venture Capital y Pactos de Accionistas», por D. DIETER STAIB, Management Consultant & Business Angel - Oliver Wyman, Singularity University - Expofinance.

«Registro Mercantil. Nuevas Tecnologías», por D. José María DE PABLOS O'MULLONY, director SSI Colegio de Registradores.

«Regulación de Fintech», por D. WERNER BIJKERK, Partner Simplexxis & Former Head of Research Department IOSCO.

«Inteligencia Artificial», por D. Alejandro SÁNCHEZ DEL CAMPO, de Counsel-Garrigues.

«Gobernanza e Impacto social de Blockchain», por Dña. Almudena DE LA MATA, Blockchain España.

«Blockchain y Gobierno Corporativo de las Sociedades», por D. Guillermo GUERRA, prof. titular URJC.

Mesa 2: *Los crypto-activos: crypto-monedas, crypto-commodities y crypto-tokens.*

Moderadora: Dña. Ana Felicitas MUÑOZ PÉREZ, Prof. Titular de Derecho Mercantil URJC.

Ponencias:

«ICO como forma de Crowdfunding», por D. Segismundo ÁLVAREZ, notario de Madrid.

«Como garantizar la autenticidad e integridad de un activo digital en la cadena de bloques de Ethereum», por D. Fernando RAMOS, DPoitlaw.com

«Aplicaciones Blockchain», por Dña. Berta FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, IBM Certified Architect.

«Operaciones DAOS», por Dña. M.<sup>a</sup> del Sagrario NAVARRO LÉRIDA, prof. contratada Doctora, Acreditada Titular UCLM.

«Las criptomonedas como activo financiero», por Dña. Concepción CHAMORRO, prof. contratada Doctora, Acreditada Titular URJC.

Mesa 3: *Nuevas infraestructuras y armonización de esquemas de supervisión.*

Moderadora: Dña. M.<sup>a</sup> Ángeles ALCALÁ DÍAZ, catedrática de Derecho Mercantil UCLM.

Ponencias:

«Digitalización y plataformas colaborativas», por D. Luis VELASCO SAN PEDRO, catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valladolid.

«Consumidor y Fintech», por D. Fernando GARCÍA SOLÉ, presidente de la Comisión Jurídica ASNEF.

«Sandbox como experiencia regulatoria», por Dña. REYES PALÁ, catedrática (Acr.) Derecho Mercantil Universidad de Zaragoza.

«Armonización europea de la estructura de supervisión en Fintech», por D. Luis CAZORLA, prof. contratado Doctor en Derecho Mercantil URJC.

«Smart Contracts en contexto societario», por D. Jorge VIERA GONZÁLEZ, Catedrático Derecho Mercantil URJC.

«Blockchain en Mercado de Valores», por Dña. M.<sup>a</sup> Luz GARCÍA MARTÍNEZ, prof. contratada de Derecho Mercantil UDIMA.

«Experiencia práctica de Blockchain», por D. Víctor GARCÍA PASTOR, ingeniero informático experto en Blockchain.

Mesa 4: «Instrumentos técnicos y sectores de innovación -“Regtech”, “Insurtech”, “Proptech”- y otros ámbitos de innovación».

Moderador: D. Antonio RONCERO, Catedrático de Derecho Mercantil UCLM.

Ponencias:

«Smart contract y distribución», por D. Alfredo MUÑOZ GARCÍA, profesor Derecho Mercantil UCM.

«Insurtech», por D. Alberto TAPIA, catedrático de Derecho Mercantil UCM.

«Regtech en Mercado de Valores», por Dña. Isabel FERNÁNDEZ, profesora titular de Derecho Mercantil UCM.

«Inteligencia Artificial y Automoción», por D. Antonio SANZ MONTEMAYOR, profesor titular de Derecho Mercantil URJC, Ciencias de la Computación e Ingeniería Artificial.

«La ética y las nuevas tecnologías», por D. Jesús PRIMITIVO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, profesor titular de Derecho Mercantil URJC, Área Derecho Civil.

«Innovación en Propiedad Industrial», por Dña. María ENCISO ALONSO MUÑUMER, catedrática (Acrd.) Derecho Mercantil URJC.

Mesa 5: *La Tech-Abogacía*.

Moderador: D. Antonio SERRANO ACITORES, CEO Spartanhack, abogado y Doctor en Derecho.

Ponencias:

«Inteligencia Artificial en IBM. Programa Watson», por D. José Fernando GARCÍA RÓDENAS, IBM University Programmes Spain Leader.

«Criptoactivos, SEC y CME (on line)», por D. Conrad BAHCKE, Willkie Farr & Gallager LLP. NYC.

«Retos Jurídicos en Smart Contracts», por Dña. Cristina MARTÍNEZ LABURTA, MindtheLaw.

«Protección de Datos y Ciberseguridad», por D. Pablo FERNÁNDEZ BURGUEÑO, Socio Fundador Escila.

«Identidad Digital», por D. Sergio Antonio MUÑOZ PÉREZ, Legal of counsel Lupicinio Abogados.

«GDPR. Nuevas oportunidades de negocio», por Enrique REQUENA, Lener Abogados.

Talleres: *Introducción práctica a Smart Contract y diseño de operación ICO.*

«Exponential Solidarity», por D. Lucas CARMONA y D. Jesús María GONZÁLEZ.

«ICOs Nuevo paradigma de financiación», por D. Jesús María GONZÁLEZ LASHERAS, economista, asesor fiscal independiente, analista de proyectos *Startups, Fintech y Blockchain.*

Aplicaciones Digitales y Gestión de Derechos Intelectuales, por D. Pablo CARRETERO SÁNCHEZ, Responsable Blockchain Ibermática.

## COLOMBIA

Los días 2, 3 y 4 de mayo de 2018, tuvo lugar en Cartagena de Indias, Colombia, el XXI CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO REGISTRAL, organizado por IPRA-CINDER (International Property Registries Association).

### DÍA 2

#### SESIÓN PLENARIA

Moderador: Alisdair LEWIS, Reino Unido

Relator:

Henrik UNGERN, Finlandia

Bruce ZIFF, Canadá

Benito ARRUÑADA, España

Matti NIEMI, Finlandia

#### SESIONES PARALELAS

Tema 1: *Restitución de Tierras.*

Moderador: Marcela ZULUAGA VÉLEZ, Colombia.

«Mecanismos para el saneamiento de la falsa tradición», por Jairo MESA, Colombia.

«Right to community ownership to their land of indigenous peoples in Argentina», por Guillermo BOTARGUES, Argentina.

«Resolving real property disputes in post Gaddafi Libya. Can a Gaddafi-Era compensation committee be the answer?», por Suliman IBRAHIM, Libia.

«La guerra del Pacífico, Sendero Luminoso, las comunidades y los registros públicos en el Perú», por Gilberto MENDOZA, Perú.

«Restitution of lands and rights of the indigenous communities», por Nelson GUTIÉRREZ, Chile.

## Tema 2:

Moderador: María José MAGALHAES, Portugal.

«Reformas normativas recientes en materia registral en España», por Javier GÓMEZ GÁLLIGO, España.

«The importance of quality registration in acquiring peaceful ownership», por Mihai TAUS, Rumanía.

«Automatic registration Finnish land registry and electronic mortgages», por Jane MURTONIEMI, Finlandia.

«Registration of a 3D file regarding multi-level ownership in the Netherlands: the legal perspective», por Ruben ROES, Países Bajos.

«The organization of land registries for the XXI Century», Constance FAIR, Canadá.

MESA REDONDA: *Blockchain y nuevas tecnologías.*

Moderador: Jose María DE PABLOS, España.

«Blockchain – must or nice to have?», por Ingmar VALI, Estonia.

«Cómo jugué (y gané) al registro informático», por Teófilo HURTADO, España.

Sultan ALAKRAF, EAU.

Sergio JACOMINO, Brasil.

Jacob VOS, Países Bajos.

## DÍA 3

### SESIONES PARALELAS

#### Tema 1

Moderador: Luis A. ALIAGA, Perú.

«Retos y perspectivas del registro frente a la presunta ilegalidad de los documentos sometidos a registro», por Diana BUITRAGO, Colombia.

«Las nuevas tecnologías en la función registral y notarial», por Fernando TARAZONA, Perú.

«A resolução dos conflitos de terras e o papel do registro da propriedade», por Jose BARBOSA, Brasil.

«Derecho de propiedad como función social del Estado», por Helmuth BARRIOS, Colombia.

#### Tema 2

Moderador: María Elena GARCÍA FLORES, México.

«Calificación registral de los aspectos descriptivos de los predios e intervención del catastro», por Martha SILVA, Perú.

«Los mecanismos de protección del registro digital ante los desastres naturales», por Ana Cristina GÓMEZ PÉREZ, Puerto Rico.

«Implementación del modelo LDM\_COL en los sistemas registral y catastral», por Lina VICTORIA BARÓN, Colombia.

«La informatización y despapelización como vehículo hacia una exitosa vinculación entre los registros de la propiedad y los organismos», por Sebastián ESTEBAN SABENE, Argentina.

#### Tema 1 en Paralela

Moderador: Juan Carlos MEJÍA, Honduras.

«Restitución de tierras en el municipio de la Palma Cundinamarca», por Gladys DELGADO, Colombia.

«Restitución de tierras y derechos de las comunidades indígenas del Perú», por Irving SANABRIA, Perú.

«A resolução dos conflitos de terras e o papel do registro da propriedade», por Rodrigo CUNNIGHAN, Brasil.

«Resolución de los conflictos de tierras y el papel del registro de la propiedad», por Cecilia FRIDA, Perú.

#### SESIONES PARALELAS

##### Tema 1: *Restitución de Tierras.*

Moderador: Carlos MARÍN, Colombia.

«Restitución de las propiedades tras los conflictos armados», por Eduardo M. LLARENA, España.

«The reorganization of land in peace process», Fabián César STACHIOTTI, Argentina.

«Dueños ancestrales o propietarios legales. Restitución de tierras y derechos de las comunidades indígenas», Ana María AVENDAÑO, Colombia.

«Mecanismos para el ordenamiento de tierras», Miguel SAMPER, Colombia.

«La reorganización de la propiedad en los procesos de paz», por Jaime René GARCÍA, Colombia.

##### Tema 2: *Catastro.*

Moderador: Enrique MASIDE, España.

«¿Vinculación, validación o integración Registro Catastro?», por Ana María UMAÑA, El Salvador.

«The role of the Portuguese land registry in demarcation of boundaries»,  
por Luisa CLODE, Portugal.  
«Catastro y su contribución al Ordenamiento Social de la Propiedad», por  
Juan Antonio NIETO, Colombia.  
Cristina Armella, Argentina.  
María Álvarez, España.

PLENARIA

Moderador: Nuria DE OCA, Banco Mundial.  
Relator: Rubén ROES, Países Bajos.  
Raff MURRAY, Australia.  
Michele CUCCARO, Italia.  
Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO, España.

SESIONES PARALELAS

Tema 1

Moderador: Luisa CLODE, Portugal  
«Seguridad jurídica: del metaconcepto al concepto», por Manuel MON-  
TANCHEZ, España.  
«Restitución de tierras y derechos de las comunidades indígenas», por José  
Antonio SAAVEDRA, Perú.  
«Mecanismos para el Ordenamiento Social de la Propiedad», por Felipe  
FONSECA, Colombia.  
«Reorganización de la propiedad en los procesos de paz», por Guillermo  
TRIANA, Colombia.  
«El registro como mecanismo de seguridad jurídica: la formalización de la  
propiedad urbana y el desarrollo sostenible de las Maritha Elena ESCOBAR  
LINO, Perú.

Tema 3: *Indicadores*.

Moderador: Thea HILHORST, EE.UU.

«How to measure security in land rights, the sustainable development goals  
(SDG) of UN», por Carmen MIQUEL, España.  
«A segurança jurídica gerada pelo registro e os tribunais», por Ivan JACO-  
PETTI, Brasil.  
«Aproximación a la seguridad jurídica efectiva», por Gloria Milena AR-  
MERO VARGAS, Colombia.  
María Elena GARCÍA FLORES, México.

PARALELAS

Tema 1

Moderador: Lavinia FIGUEROA, Guatemala.

«Who owns the land administration data in a world of big data and modern IT-solutions?», por Jacob VOS, Países Bajos.

«La propiedad horizontal en el Perú: A propósito de la escasez de viviendas, el crecimiento vertical y la agenda 2030 para el desarrollo sostenible de las Naciones Unidas», por Luis ALIAGA, Perú.

«Blockchain en favor de la función pública notarial y registral en Colombia», por Yecenia ACOSTA, Colombia.

«The collaboration between Cadastres and Land Registries. The Italian experience», por Agostina LODDE, Italia.

«La evolución del sistema registral chileno: desde el siglo XIX hasta la implementación de nuevas tecnologías», por Yamil NAJLE, Chile.

Tema 2

Moderador: Craig JOHNSTON, Canadá.

«The twilight zone: en los límites de la realidad en la identificación de los titulares de las personas jurídicas. El registro en la lucha contra el blanqueo de capitales», por Sergio SAAVEDRA, España.

«Privatisation and deed», por Jan MORERKERKE, Bélgica.

«A gestão privada em cartórios brasileiros. Uma análise sobre os desafios e as responsabilidades dos registradores de imóveis para o século XXI», Alexandre PINHO, Brasil.

«The flow of a deed through the RSA deeds registry», por Carlize KNOESEN, Sudáfrica.

«Land Administration at The World Bank: an expandig agenda», por Ivonne MORENO, Banco Mundial.

MESA REDONDA: *Privatización o externalización de los registros.*

Moderador: Carlize KNOESEN, Sudáfrica.

Relator: Jan MOERKERKE, Bélgica.

Alisdair LEWIS, Reino Unido.

Constance FAIR, Canadá.

Benito ARRUÑADA, España.

Mihai TAUS, Rumanía.

DÍA 4

SESIONES PARALELAS

Tema 1

Moderador: Ivan JACOPETTI, Brasil

«Restitución de tierras y derechos de las comunidades indígenas», por César Antonio MAQUERA MAQUERA, Perú.

«El régimen jurídico de las comunidades campesinas y nativas en el Perú», por Dina DORIS PRESCOTT, Perú.

«La función calificadora, como garante del principio de legalidad y la posible omisión al cumplimiento de una orden...», por Jose A. ROMERO, Colombia.

«Seguridad jurídica en el Perú: el principio de legitimación de los datos descriptivos de los predios inscritos», por Yessenia CAMPOS, Perú.

Segundo Ivole ZURITA, Ecuador.

## Tema 2

Moderador: Janeth C. DÍAZ CERVANTES, Colombia.

«Avances que reforman la inscripción de los aires en el registro de predios del Perú», por Miguel Ángel TORRES, Perú.

«Proteção do Terceiro de Boa-fé nas aquisições a non dominio no Brasil», por Ticiany Gedeon MACIEL PALACIO, Brasil.

«Legal nature of the charge of real estate conservator in Chile», por Marco Antonio SEPÚLVEDA, Chile.

«La vulneración del derecho a la propiedad privada para ‘garantizar’ la publicidad registral», por Luis SÁNCHEZ, Perú.

## SESIONES PLENARIAS

Moderador Eduardo CAICEDO, Colombia.

Relator, María Emilia ADÁN, España.

«Actuaciones judiciales y legalidad registral», por Francisco MARÍN CASTÁN, España.

«Seguridad jurídica. Registro de la Propiedad, Catastro y Expropiación», por José Antonio SEIJAS, España.

«Ley de extinción de dominio y las medidas cautelares en el Registro», Fiscal General, Colombia.

«Derecho de Propiedad en el Posconflicto», Procurador General, Colombia.

«El papel del Registro de Propiedad en la Resolución de Conflictos de Tierras», Magistrados, Colombia.

## PLENARIA

Moderador: Javier GÓMEZ GÁLLIGO.

Relator: Mihai THAUS.

«State of Play of Land Registers Interconnection in the European Union: IMOLA II Project», por Jesús CAMY, Unión Europea.

Enrique GIL BOTERO, Ministro de Justicia de Colombia.

Klaus DEININGUER, Banco Mundial.





RECENSIONES  
BIBLIOGRÁFICAS



LUCAS DURÁN, Manuel, CRESPO GARRIDO, María, CALVO VÉRGEZ, Juan  
(Dirs.): *Las operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, Editorial:  
Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Lex Nova, España, 2016, 609 pá-  
ginas. ISBN: 978-84-9099-955-4

por

M.<sup>a</sup> FERNANDA MORETÓN SANZ

*Profesora TU Derecho civil UNED*

*Coordinadora del Programa de Doctorado en Derecho y CCSociales*

Este volumen colectivo está dirigido por María CRESPO GARRIDO y Manuel LUCAS DURÁN, Profesores Titulares de Hacienda Pública y de Derecho Tributario y Financiero de la Universidad de Alcalá, respectivamente. Por su parte y con Juan CALVO VÉRGEZ, Profesor de la Universidad de Extremadura, de Derecho Tributario y Financiero, forman un grupo de excelencia académica, con una amplia y dilatada trayectoria profesional, tanto en el mundo académico y profesional, de la que haremos gracia en esta recensión remitiéndonos a cualquiera de las bases de datos de artículos y revistas, donde se da buena cuenta de sus aportaciones científicas.

Adicionalmente, como obra colectiva que es, se incorporan otros académicos de distintas universidades y expertos en operaciones vinculadas y el impuesto sobre sociedades.

En suma y como ahora tendremos ocasión de ventilar, dado su contenido, este volumen colectivo constituye una obra rigurosa y de gran utilidad sobre las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades, tras la reforma de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Asimismo contiene las especialidades incluidas por el Real Decreto 634/2015, regulador del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, con especial referencia a la valoración de las operaciones y sus ajustes, a las obligaciones de documentación y el nuevo régimen sancionador. Recuérdese que uno de los objetivos de la reforma del Impuesto tenía por objeto la simplificación en materia de operaciones vinculadas, tal y como explicita la Exposición de Motivos de la Ley.

En este sentido y siguiendo dicha EM «El régimen de las operaciones vinculadas fue objeto de una profunda modificación con ocasión de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, y que tuvo como elemento esencial la introducción de unas obligaciones de documentación específicas exigibles a las operaciones vinculadas. Por otra parte, el tratamiento fiscal de las operaciones vinculadas constituye un elemento trascendental internacionalmente, al cual se dedican específicamente tanto la Unión Europea como la OCDE. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la interpretación del precepto que regula estas operaciones debe realizarse, precisamente, en con-

cordancia con las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE y con las recomendaciones del Foro Conjunto de Precios de Transferencia de la UE, en la medida en que no contradigan lo expresamente señalado en dicho precepto, o en su normativa de desarrollo.

En el ámbito de las operaciones vinculadas esta Ley presenta novedades en relación con la documentación específica a elaborar por las entidades afectadas, que tendrá un contenido simplificado para aquellas entidades o grupos de entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios sea inferior a 45 millones de euros, y no será necesaria en relación con determinadas operaciones.

También es novedosa la restricción del perímetro de vinculación, perímetro que fue escasamente alterado en la Ley 36/2006 y respecto del cual se ha puesto de manifiesto la necesidad creciente de restringir los supuestos de vinculación en el ámbito de la relación socio-sociedad, que queda fijado en el 25 por ciento de participación.

Por otra parte, en relación con la propia metodología de valoración de las operaciones, se elimina la jerarquía de métodos que se contenía en la regulación anterior para determinar el valor de mercado de las operaciones vinculadas, admitiéndose, adicionalmente, con carácter subsidiario otros métodos y técnicas de valoración, siempre que respeten el principio de libre competencia. Asimismo, se establecen en esta Ley reglas específicas de valoración para las operaciones de los socios con las sociedades profesionales, ajustadas a la realidad económica.

Por último, deben mencionarse la modificación del régimen sancionador, que se convierte en menos gravoso, y la estanqueidad de la valoración realizada conforme a esta regulación específica de las operaciones vinculadas con la valoración que se pudiera hacer en otros ámbitos, como pudiera ser el supuesto del valor en aduana».

En síntesis, el objeto dogmático de la obra somete a un profundo análisis el contenido, definición y consecuencias de las operaciones vinculadas, previstas en un extenso y complejo artículo 18.

De modo que la dificultad temática y la elección del análisis de esta controvertida figura, es uno de los elementos esenciales para la valoración más que positiva de la obra *in comento*.

En particular, la estructura de la obra se presenta dividida en diez capítulos; así sus autores, títulos y páginas son los siguientes: María CRESPO GARRIDO, Novedades de la actual regulación de las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades, 29-56; Tomás GARCÍA LUIS, Operaciones vinculadas: los supuestos de vinculación en la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, 57-90; Rosa FRAILE FERNÁNDEZ, Métodos de determinación del valor de mercado, 91-134; Isaac MERINO JARA, Operaciones vinculadas: particularidades, 135-160; Cristina GARCÍA-HERRERA BLANCO, Ajustes valorativos en las operaciones vinculadas, 161-184, María Elena MANZANO SILVA, Los acuerdos previos de valoración de operaciones entre personas o entidades vinculadas, 185-210; Manuel LUCAS DURÁN, El procedimiento de comprobación del valor normal de mercado en las operaciones vinculadas y sus derivadas: ajuste primario, bilateral y secundario, 211-260; María CATALÁ GARCÍA, Procedimientos amistosos en materia de imposición directa, 261-298, Juan CALVO VÉRGEZ, Obligaciones de documentación en el ámbito de las operaciones vinculadas, 299-354, y, finalmente, Sandra GARCÍA BAHÓN, Régimen sancionador de las operaciones vinculadas tras la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, 355-378.

El mencionado primer capítulo, con sabia sistemática, está dirigido a la noción y características de las operaciones vinculadas y su ámbito de aplicación. En

él se incluye, adicionalmente una perspectiva global de las reformas introducidas por la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Entre las modificaciones introducidas por la Ley 27/2014 se encuentra la definición del *perímetro de vinculación fiscal*, que deja fuera de este a algunas operaciones realizadas por la entidad y sus socios o partícipes y las realizadas con sus establecimientos permanentes cuando la entidad sea no residente en territorio español, así como las sociedades que formen parte de un grupo de sociedades cooperativas. La participación de un socio debe ser del 25% para que pueda considerarse la operación vinculada.

En el capítulo segundo se describen los distintos supuestos de vinculación y los criterios o circunstancias determinantes de la existencia de vinculación.

En el capítulo tercero se analizan los métodos de determinación del valor de mercado desde la perspectiva fiscal y contable, los métodos directos (el método del precio libre comparable, el del precio de reventa y el método del coste incrementado), indirectos (el método del margen neto operacional y el de la distribución del resultado) y otros, como la valoración en aduana.

Los métodos directos de fijación del precio de mercado son los que se consideran los más adecuados para determinar si las condiciones comerciales o financieras de las empresas vinculadas se ajustan al principio de plena competencia. Por tal motivo la OCDE señala en sus directrices que es preferible recurrir a los métodos directos basados en las operaciones.

En particular, aborda un exhaustivo análisis sobre los casos especiales de vinculación (servicios intragrupo, establecimientos permanentes, acuerdos de reparto de costes, operaciones sobre activos intangibles y reestructuraciones empresariales) según las Directivas y Recomendaciones de la OCDE y del Foro Europeo sobre precios de transferencia, en el capítulo cuarto.

Por su parte, en el capítulo quinto se desarrollan los distintos ajustes en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades cuando el precio aplicado por las partes intervinientes en una operación no coincide con el valor de mercado, que es uno de los aspectos más controvertidos de la reciente reforma fiscal.

Los acuerdos previos de valoración de operaciones entre personas o entidades vinculadas, sus ventajas e inconvenientes, su naturaleza, sus deficiencias, las causas y el procedimiento de modificación y su prórroga, son el objeto del capítulo sexto.

En cuanto al capítulo séptimo, desarrolla el procedimiento de comprobación del valor normal de mercado en las operaciones vinculadas y sus derivadas: el ajuste primario, bilateral y secundario.

Dicho *ajuste primario* se puede aplicar a los no residentes sin establecimiento permanente y elimina la posibilidad de instar tasación pericial contradictoria contra la valoración administrativa en caso de disconformidad con la valoración administrativa. El ajuste primario no tiene autonomía propia, sino que se inserta en el procedimiento de inspección tributaria previsto en la LGT y en el RGGI.

Por su parte, el *ajuste bilateral o correlativo* puede llevarse a cabo por los órganos de gestión tributaria. Una novedad del procedimiento de comprobación del valor de mercado en operaciones vinculadas recogido en el RIS/2015, es que los ajustes bilaterales que se hayan de realizar podrán llevarse a cabo, aparte de por la propia Administración, también por las propias personas o entidades vinculadas. Es decir, queda establecida la posibilidad de que el sujeto pasivo realice el ajuste correlativo o bilateral mediante una autoliquidación complementaria o una solicitud de rectificación de la autoliquidación y se elimina el procedimiento de tasación pericial contradictoria.

Hay que destacar la inclusión en los procedimientos de revisión (esencialmente para ajustes bilaterales) de los no residentes sin establecimiento permanente en España.

En el *ajuste secundario* de las operaciones vinculadas serían aplicables los procedimientos tributarios de gestión e inspección.

Los procedimientos amistosos previstos en los convenios para evitar la doble imposición (regulados en España por el RD 1794/2008) en materia de imposición directa, el procedimiento de arbitraje y la suspensión del ingreso de la deuda, son la materia del capítulo octavo.

El noveno capítulo analiza las obligaciones de documentación donde destaca la novedosa inclusión de un contenido simplificado para aquellas entidades o grupos de entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios sea inferior a 45 millones de euros, y no es necesaria en relación con determinadas operaciones.

Para terminar, el capítulo décimo y último, desarrolla el nuevo régimen sancionador de las operaciones vinculadas tras la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades.

En suma, y a la vista de la sistemática del estudio, de la materia abordada y su profundidad analítica de este volumen colectivo lo convierten en una obra de referencia sobre las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades. En resumidas cuentas, aporta una visión completa, profesional y rigurosa sobre la materia y ofrece un análisis exhaustivo y pormenorizado sobre el tratamiento fiscal de las operaciones vinculadas, lo que hace que sea un libro imprescindible para todos los profesionales del sector, así como para todos aquellos técnicos que quieran conocer con mayor profundidad las operaciones vinculadas en el Impuesto sobre Sociedades.

MORÁN MARTÍN, Remedios: *El testamento ante párroco en Aragón, Navarra y Cataluña. Evolución histórica de una forma testamentaria foral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 250 páginas.

por

M<sup>a</sup> FERNANDA MORETÓN SANZ

*Profesora TU de Derecho civil*

*Coordinadora Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias sociales*

Sabido es, que en el Código Civil común, en su Libro III, *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*, Capítulo II, *De la herencia*, Sección primera, *De la capacidad para suceder por testamento y sin él*, encuentra su sede el artículo 752: «No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto».

*Sensu contrario*, sí producirán efecto aquellas disposiciones testamentarias en que el causante depusiera su voluntad ante sacerdote, siempre y cuando dicha voluntad sucesoria de carácter patrimonial no vaya dirigida a enriquecer al párroco, incapacidad testamentaria que se extiende a sus parientes y demás personas físicas o jurídicas incluidas en dicho precepto *in fine*. Con todo, ha de tenerse presente que la finalidad del sistema sucesorio siempre está dirigida a

la pervivencia de la voluntad del testador, por lo que el carácter restrictivo de la norma ha sido modulado judicialmente (Iván Jesús TRUJILLO DÍEZ y Juan José MARÍN LÓPEZ).

Por tanto y de forma adicional, siempre surtirán los efectos prevenidos, aquellas disposiciones de carácter no patrimonial, depuestas ante el sacerdote o ministro religioso de alguna de las entidades confesionales existentes, en este caso aplicando la interpretación sociológica, cuando menos, a mi juicio.

Si proseguimos con el análisis del precepto, lógicamente habremos de coincidir con la Profesora Silvia DÍAZ ALABART, en cuanto atañe a las disposiciones hechas fuera del lapso de la última enfermedad del causante, toda vez que al tratarse de un precepto de carácter restrictivo, no ha lugar a su aplicación extensiva.

En cuanto al vigente Derecho civil foral, es el Código sucesorio catalán el que lo contempla como testamento abierto ante párroco, Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, donde se prevé expresamente su eliminación. Y así, su Disposición transitoria tercera, redactada de conformidad al artículo único del Decreto-ley 8/2012, de 27 de diciembre (Decreto-ley 8/2012, de 27 de diciembre, de modificación de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones), declara: «Los testamentos ante párroco otorgados antes de la entrada en vigor de esta ley caducan si no se protocolizan en el plazo de seis años a partir del momento en que la ley entra en vigor, siempre que el causante haya muerto anteriormente. Si el causante ha muerto después de la entrada en vigor de esta ley, el plazo de seis años se cuenta desde su muerte».

Del mismo modo, ha desaparecido del nuevo Derecho civil aragonés (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas), previsto con anterioridad en la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre compilación del Derecho civil de Aragón, artículos 93 y siguientes.

Por su parte, en el Derecho civil foral navarro, la Ley 189 expresamente contempla como forma testamentaria el *Testamento ante Párroco* «Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte y no pudiera obtenerse la presencia de Notario, podrá otorgarse el testamento ante el Párroco del lugar u otro Clérigo ordenado de Presbítero, y en todo caso con la presencia de dos testigos», así como en la Ley 190, *Testamento ante testigos*. En el mismo supuesto de la Ley anterior, si no pudiera obtenerse la presencia del Párroco u otro Clérigo ordenado de Presbítero, podrá otorgarse el testamento con la intervención de tres testigos.

Téngase presente que nada se indica sobre las formas testamentarias que puede autorizar el sacerdote, salvo lo señalado en la Ley 191, sobre los *Requisitos comunes a testamentos ante Párroco y ante testigos*. A los testamentos a que se refieren las dos Leyes anteriores se aplicarán las reglas siguientes: 1. Deberán redactarse por escrito, con expresión del día, mes y año, en el mismo acto o inmediatamente después que el testador haya declarado con palabras dispositivas su última voluntad. 2. Serán firmados por el testador y personas que intervengan en el acto. Si cualquiera de ellas no supiera o no pudiese firmar, se consignará esta circunstancia en el mismo documento. 3. El Párroco, Clérigo o, en su caso, los testigos deberán conservar el documento o requerir a Notario para su custodia. 4. Perderán su eficacia a los dos meses de haber salido el testador del peligro de muerte. 5. Dentro del plazo de año y día, a contar de la fecha del fallecimiento del testador, deberán presentarse para su abonamiento o adverbación, sin cuyo requisito quedaran ineficaces. A tal efecto, la persona que tenga el testamento en su poder deberá presentarlo al Juzgado de Primera Instancia del Partido a



que corresponda el lugar en que se otorgó. La presentación podrá ser exigida por el Ministerio Fiscal o por cualquier persona que se crea interesada (GARCÍA GRANERO y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE).

De modo que ante esta singularidad legislativa, resultaba necesaria una obra rigurosa y sistemática, que completase un panorama editorial ayuno de un estudio científico de esta naturaleza, como es el que tenemos la fortuna de comentar.

Su autora, es una de las universitarias de pro que el mundo académico necesita; se trata de la Profesora Remedios MORÁN, Catedrática de Historia del Derecho de la UNED. Como certeramente afirma en la introducción, la monografía es consecuencia de una investigación a lo largo del tiempo, que dio un primer y amplio fruto en la obra titulada *Historia del Derecho privado, penal y procesal* (Universitas-UNED, 2002, 2 vols.) y en diferentes estudios de Derecho privado, hasta llegar a la elaboración de esta nueva publicación centrada en una forma testamentaria foral.

Cabe destacar que este estudio conjuga dos aspectos importantes de la materia: por una parte el desenvolvimiento histórico de la figura desde sus inicios en el siglo XIII, momento en el cual se van introduciendo principios romano-canónicos en nuestro Derecho. Principios que se desarrollarían en tres territorios forales, Aragón, Navarra y Cataluña.

En segundo término, la monografía aúna el proceso de codificación civil, donde se debaten la permanencia o no de determinadas figuras forales, siendo esta forma testamentaria una de las más cuestionadas y símbolo de las peculiaridades de los territorios en las que se desarrolló.

En cuanto a la estructura interna de la obra, cabe destacar su división en ocho capítulos, en los que la autora va desentrañando la esencia de esta forma testamentaria. Así el primero de sus capítulos está destinado al análisis historiográfico, su configuración histórica e inclusión a partir de la constitución *Quum esset*, como respuesta a una demanda normativa para la redacción de testamentos por los feligreses ante el párroco y el análisis de la naturaleza jurídica, como forma especial o común de testamento.

Sus capítulos segundo y tercero y los aspectos sustanciales de la figura en cuanto a los requisitos personales y formales (capítulos cuarto y quinto) y su eficacia (capítulo sexto), permiten abrir el paso a futuras investigaciones más próximas a la materia procesal, sobre los extremos de la caducidad, nulidad e impugnación, toda vez que ha sido modificada sustancialmente en materia procesal y notarial.

En el capítulo séptimo la autora hace un estudio de los cambios que se producen en el momento de la codificación, alteraciones sustanciales en la naturaleza jurídica de la figura que evidencian la esencia misma de su pervivencia más próxima a las exigencias forales que a las propias de la forma testamentaria.

Finalmente, dedica el capítulo octavo a la comparación entre el testamento ante párroco y otras formas testamentarias afines, como el testamento sacramental de Barcelona, el testamento *ad pias causa*, el testamento en el Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, el testamento en despoblado y el testamento il-buruco del País Vasco.

Son capítulos en los cuales se va desentrañando la esencia de la figura, gracias al uso de una amplia bibliografía, si bien añade un valor esencial, al proceder de una historiadora del Derecho, analizar los cambios de su forma histórica con la redacción de los Apéndices y las Compilaciones forales. Así y merced a los grandes foralistas y comisiones que participan en dicho proceso (algunas muy significativas como los colegios de abogados y notarios), proporcionan al estudio

la capacidad de evidenciar que los cambios producidos en la primera mitad del siglo XX en esta figura histórica que parecía, como tal, inamovible, al ser signo de foralidad, se deben a la evolución social y jurídica, que progresa vertiginosamente en el tiempo, lo que precipita no solo el debate sobre la institución (de forma muy significativa en la amplia legislación catalana), sino en el recorte de la forma testamentaria por diferentes vías, en particular estrechando los requisitos personales y formales, hasta su extinción reciente en Cataluña y Aragón.

Desde estas páginas se invita a la lectura de esta obra donde la rigurosidad de la exposición no se contradice con una lectura fácil, especialmente, en alguno de sus capítulos menos formales. La riqueza de matices de la figura y el amplio debate entre los juristas, pese a la parca regulación en cada uno de los territorios forales, evidencia una cuestión de fondo que aún se mantiene en nuestra sociedad: las causas últimas de la permanencia de instituciones forales de Derecho civil, residuales, como el testamento ante párroco, en una sociedad multicultural, diversa, abierta y cambiante, pero en la que las raíces de instituciones permiten a determinados territorios históricos con Derecho civil foral propio, sentirlas como esencia de su identidad.

En suma, estamos ante una obra brillantemente elaborada, excelentemente redactada y fundamentada en las fuentes que va analizando y desgranando; nos permite desentrañar el fondo y raíces de esta institución, cuyo valor y eficacia debemos destacar.

A mayor abundamiento tiene la fortuna técnica de completar un vacío existente entre la literatura jurídica, por lo que no cabe sino felicitarnos por su publicación y por las sabias enseñanzas rigurosa y científicamente transmitidas.



# REVISTA DE REVISTAS



# La institución registral a través de las normas dadas en la Valencia capital de la República \*

## *The registration institution through the norms given in Valencia capital of the Republic*

por

M<sup>a</sup> EMILIA ADÁN GARCÍA

*Registradora de la propiedad*

**RESUMEN:** La capitalidad de Valencia en la II República tiene lugar en plena Guerra Civil, con los Registros de la Propiedad en gran parte asaltados e incluso quemados. Del estudio de las normas publicadas en la Gaceta de Madrid primero y especialmente en la Gaceta de la República, se observa un esfuerzo por normalizar la institución, y una clara evidencia de su valoración positiva como instrumento dinamizador de la economía. Se estudian las razones de la supresión y recuperación de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el seno del Ministerio de Justicia.

**ABSTRACT:** *The capitality of Valencia during the 2nd Republic takes place in the midst of the Civil War, with many property registries assaulted and even burnt. From the study of the norms first published in the «Gaceta de Madrid» and especially in the «Gaceta de la República», both an effort to normalize the institution and clear evidence of its positive value as an economy invigorating institution can be observed. We study the reasons for the suppression and recovery of the «General Directory of the Land Registries and Notaries» amidst the Justice Ministry.*

**PALABRAS CLAVES:** Registro de la Propiedad. Registro Mercantil. Dirección General de los Registros y del Notariado.

**KEY WORDS:** *Land Registry, Mercantile Registry, General Directory of the Land Registries and Notaries.*

---

\* Este trabajo fue publicado en *DRETS*. Revista Valenciana de Reformes Democràtiques (núm. 2/2016).

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DEL 18 DE JULIO AL 4 DE NOVIEMBRE.—III. VALENCIA: CAPITAL DE LA REPÚBLICA: 1. LA SUPRESIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. 2. LA REPOSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—IV. CONCLUSIÓN.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN.

El 6 de noviembre de 1936, en pleno desarrollo de la Guerra Civil, la capitalidad de la República se traslada a Valencia, donde permanecería hasta finales del mes de octubre de 1937. Era entonces presidente de la República Manuel AZAÑA, y presidente del Gobierno Francisco LARGO CABALLERO.

Solo dos días antes, el 4 de noviembre, el entonces presidente del Gobierno de España, Francisco LARGO CABALLERO nombra ministro de Justicia a Joan GARCÍA OLIVER, miembro de la CNT, quien se haría cargo de la responsabilidad del traslado del Ministerio a la ciudad de Valencia.

En las responsabilidades del Ministerio le acompañaría Mariano SÁNCHEZ ROCA, que es designado subsecretario del Ministerio de Justicia. Era un abogado<sup>1</sup>, colaborador del periódico *La tierra*, de Madrid, que fue enviado por el Comité Nacional. Al referirse a él, GARCÍA OLIVER, lo describe como alto, de aspecto distinguido y cara inteligente. Como veremos después a él se debe la firma de muchas de las órdenes que se referirán a la institución registral en esta fecha.

Tras su nombramiento y al finalizar el Consejo de Ministros del 7 de noviembre<sup>2</sup>, parte a Valencia junto al ministro, acompañado por su mujer y su hija. Por la premura de la decisión, se desplazan sin equipaje, siendo alojados a su llegada a Valencia en el Hotel Inglés<sup>3</sup>. En este hotel se alojará también el ministro aunque después se trasladaría a una vivienda en la plaza de Emilio Castelar, hoy plaza del Ayuntamiento, alojándose también en diversos periodos, en el hotel Metropol.

Para la ubicación del Ministerio se elegiría el Palacio de Malferit<sup>4</sup>, situado en el número 26 de la entonces llamada calle Metalurgia, hoy calle Caballeros.

En sus memorias GARCÍA OLIVER<sup>5</sup> describe la impresión que le produjo la sede de este Ministerio afirmando que «se trataba del Palacio de un Marqués, edificio de muy buen aspecto, con enormes vigas de madera sosteniendo los techos. Entrada amplia, con un pequeño patio en el centro y dependencias vacías en toda la planta baja. En el primer piso, una sala de recibir, un gran salón y una salita contigua. En las paredes de todas las habitaciones del primer piso había cuadros antiguos, la mayor parte de motivos religiosos y algunos paisajes. Encargué a SÁNCHEZ ROCA que no permitiese que nadie quitara los cuadros de la pared».

El 17 de mayo de 1937, tras el nombramiento de Juan NEGRÍN como presidente del Gobierno, GARCÍA OLIVER es sustituido en el Ministerio de Justicia por Manuel DE IRUJO.

Se cumplen ahora 80 años de esta capitalidad, y como registradora valenciana me preguntaba, cual habría sido la situación de la institución registral, es decir los Registros de la Propiedad y Mercantiles, y la Dirección General de los Registros y del Notariado, a la luz exclusivamente de lo publicado en la Gaceta de Madrid y la Gaceta de la República, nombre que adopta tras el traslado del Gobierno de la República a Valencia.

Antes de adentrarnos en este periodo veamos la situación de partida, desde el 18 de julio de 1936, hasta el traslado de la capital de la II República a Valencia.

## II. DEL 18 DE JULIO AL 4 DE NOVIEMBRE

Iniciada la Guerra Civil española, la mayoría de los Registros de la Propiedad y los Registros Mercantiles fueron objeto de asalto, sufriendo importantes daños, especialmente en cuanto a los tomos registrales, que en todo o en parte fueron pasto de las llamas. De esta situación era conocedor el Gobierno de la República, que en el Decreto de 4 de octubre de 1936<sup>6</sup>, consciente de la labor técnica desempeñada por los registradores, y de la dificultad física en muchos casos de prestarla, trató de garantizar la continuidad del servicio dictando una serie de órdenes y decretos para que «en ningún caso quede interrumpido el servicio mientras duren las actuales circunstancias».

Estas medidas abarcan, por un lado el mantenimiento de las oficinas registrales bajo la dirección de los registradores de la propiedad, que debían garantizar la continuidad del servicio, y por otro lado se dictaron una serie de medidas de carácter sustantivo referido a salvaguardar los principios hipotecarios para que la vida económica discurriera con la mayor normalidad posible.

### *MEDIDAS REFERIDAS A LOS REGISTRADORES*

Para garantizar que en cada oficina registral se mantuviera un registrador al frente, se adoptaron las siguientes medidas, que resultan de la lectura de La Gaceta de Madrid de este periodo:

En primer lugar, el 24 de julio mediante orden del ministro de Justicia se procede a suspender los plazos reglamentarios relativos a los concursos de traslados convocados los días 11 y 16 de julio, para la provisión de Registros y Notarías vacantes<sup>7</sup>. La razón aducida es la situación anómala que atraviesan algunas provincias españolas, es decir la situación de guerra ya iniciada.

A continuación, y con carácter general para todos los funcionarios, el 26 de julio de 1936, por orden circular de la presidencia del Consejo de Ministros, que ostentaba entonces José GIRAL, se ordena la suspensión de la concesión de permisos de verano y vacaciones reglamentarias a los funcionarios públicos, entendiéndose del mismo modo caducadas las que actualmente se vinieran disfrutando. En la misma orden se prevé la incorporación inmediata a su puesto<sup>8</sup>.

Ahora bien, esta medida, no debió permitir que todos los puestos de registradores quedaran convenientemente cubiertos, ya que en sendos Decretos de 28 de agosto<sup>9</sup> y de 12 septiembre de 1936<sup>10</sup>, se estipula que en caso de que el titular no fuera encontrado, o se hubiera interrumpido el servicio, se habilita a la Dirección General de los Registros y del Notariado para nombrar interinos entre licenciados en Derecho o conforme al cuadro de sustituciones.

Al respecto cabe señalar que en ejecución del Decreto de 21 de julio<sup>11</sup> del Consejo de Ministros, por el que se disponía la cesantía de todos los empleados públicos que hubieran tenido participación en el movimiento subversivo o fueran notoriamente enemigos del Régimen, en dos resoluciones de 21 de agosto de 1936<sup>12</sup> se decretó el cese con pérdida de todos los derechos de dos registradores el de Madrudejos y el de La Unión. Por su parte, se cesó en Decreto de 23 de septiembre por abandono, al registrador de Ugijar.

### *MEDIDAS SOBRE LA INSTITUCIÓN REGISTRAL*

Por otro lado, refiriéndose ya a la fe pública registral y sus efectos, se dictan una serie de normas de alcance procedimental y otras de naturaleza sustantiva.



- En cuanto a las *procedimentales* debemos distinguir:
  - La prórroga de los plazos. El ministro de Justicia Manuel BLASCO GARZÓN, en Orden de 7 de agosto dirigida a la Dirección General de los Registros y del Notariado, considera que los Decretos de 23 y 27 de julio son aplicables al procedimiento registral, y declara la prórroga de los plazos tanto «respecto de la práctica de operaciones registrales como de duración de asientos»<sup>13</sup>. Con ello se pretende evitar una quiebra del principio de prioridad registral, estipulando una suerte de paralización del procedimiento en aquel eslabón que no pueda ser cumplimentado por las circunstancias excepcionales de la guerra.
  - Nuevo libro de inscripciones. Se dota, mediante Decreto de 3 de octubre<sup>14</sup>, a aquellos registros total o parcialmente destruidos, de un libro de inscripciones, llamado «Libro de inscripciones practicadas conforme al Decreto de 3 de octubre de 1936» por el que se pretende simplificar los trámites previstos en la Ley de 15 de agosto de 1873 para la reconstrucción de los tomos. Siguiendo con la preocupación de financiar la construcción, y garantizarla a través de la inscripción, dicho libro solo recogerá las hipotecas otorgadas a favor del Banco Hipotecario de España. Para ello y con carácter previo deberá inscribirse el dominio de la finca a favor de sus titulares.

El procedimiento de reconstrucción de folios registrales vigente, era garantista, con numerosos trámites, y por lo tanto inviable en la situación existente en España en dichas fechas. Para no paralizar la vida económica que se sustentaba en gran medida en la construcción, se decide apostar por un sistema transitorio y simplificado que se recoge en un libro al margen de los previstos en la Ley Hipotecaria. Dado su carácter excepcional se restringe su uso en un primer momento a las hipotecas a favor del Banco Hipotecario.

Pero además esta norma da un paso más de naturaleza sustantiva, al prever la alteración del rango registral como consecuencia de este procedimiento especial de reconstrucción, de modo que todas las cargas y gravámenes que se reinscriban referidas a la finca gravada con hipoteca a favor del Banco Hipotecario, pierden el rango frente a estas hipotecas.

No obstante, estos libros tienen carácter instrumental, y deberán trasladar las hipotecas a los folios registrales correspondientes, una vez sean reconstruidos siguiendo el procedimiento establecido por la ley.

- En cuanto a las normas de carácter *sustantivo*, podemos señalar:
  - Denegación de la inscripción de determinados actos o contratos. El Decreto del Consejo de Ministros de 14 de agosto<sup>15</sup> exige a los registradores que denieguen la inscripción de toda «clase de actos de enajenación o gravamen a cualquier título de bienes inmuebles radicantes en el territorio nacional o de derechos reales constituidos sobre los mismos, realizados por españoles, tanto en España como en el extranjero. Dicha prohibición se extiende a los extranjeros que adquieran los bienes o gravámenes. No obstante, esta prohibición decae, si el acto de enajenación o gravamen cuenta con la autorización por el Ministerio de Hacienda.
  - La razón de estas prohibiciones, es evitar desvalorizaciones injustificadas de la propiedad inmueble, como alzamientos de bienes para eludir res-

ponsabilidades penales o civiles. Así lo recoge el decreto que considera que de otro modo no puede el Gobierno de la República velar por los intereses materiales de los ciudadanos.

No obstante, se exceptúan de la prohibición anteriormente relacionada tanto las transmisiones *mortis causa*, como la constitución de hipotecas sobre fincas urbanas cuya finalidad sea facilitar la industria de la construcción. Esta será una constante de las distintas normas, el preservar las hipotecas que permitan financiar a los constructores.

- Posposición de rango. En materia de hipotecas, debe completarse su protección con el Decreto del ministro de Justicia de 6 de septiembre de 1936<sup>16</sup>. En él muestra su preocupación por el rango de las hipotecas constituidas a favor del Banco Hipotecario de España, para financiar la construcción de viviendas. Las mismas se encuentran en dificultades de alcanzar el rango de primeras, porque los titulares de las hipotecas inscritas en primer lugar, en la que los prestamistas habían contraído la obligación de posponerlas a las del Banco Hipotecario, se encuentran en el extranjero o en «territorios ocupados» y no pueden concurrir al otorgamiento del título notarial. El Gobierno considera prioritaria la construcción para impedir el incremento del paro que ahondaría en la miseria de las familias. Para resolver la situación, el Gobierno acuerda que los registradores de la propiedad, inscriban la posposición, sin necesidad de otorgar nueva escritura de posposición, siempre que «se acredite haberse cumplido todos los requisitos exigidos para la posposición al contraer la obligación de posponer». Se prescinde de la declaración de voluntad de los prestamistas con rango de primera hipoteca, al considerar suficiente la voluntad manifestada al constituir su hipoteca de que se pospondría a la formalizada a favor del Banco Hipotecario.
- Expropiación de fincas rústicas. Se acuerda la expropiación de fincas rústicas, sin indemnización que a fecha 18 de julio de 1936 estuvieran a manos de las personas naturales y sus cónyuges, que hayan intervenido directa o indirectamente en el movimiento insurreccional. Así se dispone en el Decreto de 7 de octubre<sup>17</sup>, que considera que debe acudir al Registro de la Propiedad para su determinación, en atención a los asientos registrales referidos a las mismas.

Durante este periodo la Dirección General de los Registros y del Notariado siguió dictando resoluciones en recursos gubernativos contra la calificación del registrador (así las de 24 de julio de 1936, 26 de julio 1936, 2 de agosto, 15 de agosto y 6 de septiembre); y jubilando registradores por llegar a los 70 años (resoluciones de 23 de agosto 36, referida al registrador de Barcelona, de 25 de octubre referida al de Madrid occidente y de 30 de octubre referida al de Sant Feliú de Llobregat).

Del examen de estas normas se deduce con claridad que el Registro de la Propiedad es una institución valorada por el Gobierno de la República para hacer efectiva la protección de los patrimonios de los ciudadanos españoles, en época de guerra, y para permitir el desarrollo de la clase trabajadora mediante la construcción de viviendas que proporcionara trabajo y vivienda a los ciudadanos.

No puede olvidarse que el presidente de la República, Manuel AZAÑA, era letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado por oposición, y conocía desde dentro y en profundidad el funcionamiento de nuestro entonces novedoso sistema registral, especialmente en el ámbito mercantil. Trabajó en el

negociado del que era jefe D. Jerónimo GONZÁLEZ, ilustre hipotecarista que había tenido una intervención decisiva en la reforma de 1909 de la Ley Hipotecaria<sup>18</sup>, y pudo conocer de primera mano los sistemas hipotecarios europeos, y el nuestro que era el más innovador.

### III. VALENCIA: CAPITAL DE LA REPÚBLICA

Durante el periodo de tiempo que Valencia fue capital de la República, el hecho más notable referido a la institución registral fue la supresión de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Llama la atención este hecho, por su marcado carácter técnico, y por el prestigio de que gozaban sus resoluciones, en materia de recursos gubernativos, que tenían rango oficioso de jurisprudencia en la materia en la que intervenía.

#### 1. LA SUPRESIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

En un primer momento el ministro GARCÍA OLIVER, en colaboración con el subsecretario de Justicia, Mariano SÁNCHEZ señala los ejes de su política. Y así constituye en el Ministerio una comisión de asesoría jurídica, que presidiría el subsecretario del Ministerio, con la finalidad en materia de Derecho Civil de simplificar procedimientos y acortar trámites y plazos.

Pero quizá la medida más llamativa referida a la institución registral sea, como he mencionado anteriormente, la supresión de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que se produce mediante el Decreto de 12 de diciembre de 1936<sup>19</sup> firmado por el presidente de la República Manuel AZAÑA en Barcelona, a propuesta del ministro de Justicia, Juan GARCÍA OLIVER.

Las razones aducidas en su Exposición de Motivos para esta supresión son tres:

- La paralización de los asuntos correspondientes al departamento.
- La necesidad de reorganizar a fondo el régimen de propiedad en todos sus aspectos, dándole la estructuración que las tendencias modernas del momento y la orientación que el porvenir determine.
- La necesidad de llevar a cabo todas las economías posibles, dada la situación.

Esta supresión, pese a que algún autor ha visto en ello un rechazo a la institución registral, no supone en ningún caso la supresión de las funciones que dicha Dirección General ejercía. Así en su artículo segundo el decreto asigna los asuntos que hasta ese momento eran de su competencia a la Subsecretaría del Ministerio de Justicia. Por lo tanto, va a ser simplemente una reestructuración administrativa, y la institución registral como instrumento técnico al servicio de la sociedad seguirá prestando su función, aunque modalizada por la situación de guerra.

Consecuencia de su supresión, y por disposición de la misma fecha, se acuerda admitir la dimisión del hasta entonces Director General D. Luis PALUD Y CLAUSÓ.

No obstante, sorprende que Manuel AZAÑA firmara el decreto de supresión de la Dirección General en la que él prestaba sus servicios, tenía asignado su puesto y conocía con profundidad. Una posible explicación a esa conducta pudiera encontrarse en las memorias de GARCÍA OLIVER<sup>20</sup>. El entonces ministro de

Justicia relata como el presidente del Gobierno Francisco LARGO CABALLERO le hace llamar para contarle que el presidente de la República, Manuel AZAÑA, había devuelto sin firmar los dos decretos que sobre adopciones y matrimonios le había remitido para su firma.

La razón que Francisco LARGO CABALLERO da al entonces ministro de Justicia, es que Manuel AZAÑA los consideraba «excesivamente revolucionarios y atentatorios contra el espíritu de nuestras leyes civiles». En esta tesitura LARGO CABALLERO consulta a GARCÍA OLIVER, como ministro de Justicia que es, cual debe ser su actuación. El ministro no lo duda, y sugiere su publicación sin la firma del presidente de la República, por entender que su figura es simbólica. Además asume toda responsabilidad ante el Parlamento, en su día cuando se convalide. Ya que el Parlamento había delegado la facultad normativa en el Gobierno ratificándolos en un futuro.

No fue Manuel AZAÑA el único crítico con las normas propuestas por GARCÍA OLIVER, también Indalecio PRIETO cuestionó muchas de las decisiones y decretos elaborados por él en su etapa ministerial.

Ambos decretos fueron publicados en la Gaceta de la República el mismo día que el decreto ordenando la supresión de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Aunque en sus memorias no lo menciona, no es descabellado pensar que este decreto también se publicará sin su firma. Aunque formalmente los tres llevan la firma del presidente de la República.

Ahora bien, también puede sostenerse que lo firmara, al implicar exclusivamente una reorganización administrativa, que en absoluto modificaba las funciones que al respecto tenía encomendado el Ministerio de Justicia, como demostraré a continuación.

Lo que es evidente, es que en ningún caso se pretendió una merma de funciones de la institución registral, ya que la reorganización de la propiedad propuesta por GARCÍA OLIVER y el Gobierno de LARGO CABALLERO, no afectaba a su reflejo tabular. Debe pues, encuadrarse esta decisión en la reforma de la plantilla de funcionarios del Ministerio de Justicia que llevó a cabo GARCÍA OLIVER, y no buscar otra significación.

Suprimida la Dirección General de los Registros y del Notariado, se procedió a la creación de una Sección Técnica de los Registros y del Notariado que cubriera su lugar a cargo del subsecretario, así se infiere de la resolución de 6 de febrero de 1937<sup>21</sup>, firmada en Valencia por SÁNCHEZ ROCA en materia de protocolos notariales.

Analicemos por separado los tres motivos de supresión:

*a) La paralización de los asuntos correspondientes al departamento*

Si bien es cierto que conforme hemos visto el tráfico jurídico inmobiliario se ralentizó en el periodo de guerra, lo cierto es que no llegó a detenerse del todo.

Tenemos noticias de al menos un recurso gubernativo contra la calificación del registrador mercantil de Alicante, que se resolvió en resolución de 18 de enero de 1937.

En relación con los registradores y el personal de las oficinas registrales, se aprecian las siguientes actuaciones:

- Se concedieron excedencias mediante diversas órdenes ministeriales, por un período de dos años ya fuera por motivos personales como a

los registradores de Manzaneda<sup>22</sup>, de Alcalá de Henares<sup>23</sup>, de Ayora<sup>24</sup> y de Almadén<sup>25</sup>; ya lo fuera por prestación de otros servicios como al registrador de Cañete que pasa a desempeñar el puesto de abogado del Estado interino<sup>26</sup> o como al registrador de Infantes<sup>27</sup>, para desempeñar el puesto de representante del Estado en el Sindicato de Minas de Plomo de Linares-La Carolina.

- Se convocó un concurso de registradores interinos, por orden circular del ministro de Justicia, Sr. IRUJO, de 27 de mayo de 1937<sup>28</sup>.
- Se vigiló que las oficinas registrales tuvieran un registrador al frente. La Orden de 16 de abril de 1937<sup>29</sup>, dictada en Valencia por Mariano SÁNCHEZ ROCA se dirige a los notarios y registradores recordándoles su deber de residencia y la obligación de reintegrarse a su destino en ocho días.
- Se veló por sus derechos sindicales. La resolución de 14 de enero de 1936<sup>30</sup>, del subsecretario del Ministerio de Justicia, SÁNCHEZ ROCA, se pronuncia sobre el derecho de sindicación en UGT de los funcionarios de la carrera judicial y fiscal, y de notarios y registradores, a los que sus leyes específicas prohíben pertenecer a ninguna asociación política. En relación a los registradores, el artículo 451 del Reglamento Hipotecario, entonces vigente, sancionaba con traslado forzoso, la intervención política del registrador. Sin embargo, el subsecretario interpreta el artículo 41 de la Constitución de 1931 entendiéndolo que admite la sindicación de los funcionarios públicos, y que al ser norma superior a las específicas del registrador, debe prevalecer, y por lo tanto remueve los obstáculos a dicha sindicación.

*b) La necesidad de reorganizar a fondo el régimen de propiedad en todos sus aspectos*

Continúa el Gobierno, la labor de preservar la ejecutividad de las hipotecas, iniciado por el Decreto de 3 de octubre de 1936 que creaba un libro especial en los Registros de la Propiedad, total o parcialmente destruidos, para favorecer la inscripción de las hipotecas a favor del Banco Hipotecario de España, y lo extiende a otras instituciones y entidades oficiales que lo reclaman, y así el Decreto de 10 de abril de 1937<sup>31</sup> concedió a las hipotecas a favor del Instituto Nacional de Previsión y de sus Cajas Colaboradoras el mismo régimen que el previsto para el Banco Hipotecario de España, si bien en ningún caso podrán anteponerse a las hipotecas a favor del Banco Hipotecario.

Además este libro que se había creado para los Registros de la Propiedad, se extiende a los Registros Mercantiles por el Decreto de 13 de mayo de 1937<sup>32</sup>.

También en este periodo, el Registro de la Propiedad se utilizó para inscribir las incautaciones de los bienes de determinadas personas, a favor del Estado. Así por ejemplo, las circulares del subsecretario del Ministerio de Justicia, de 27 de enero de 1937<sup>33</sup> y de 26 de febrero de 1937<sup>34</sup> se ordena a los registradores de la propiedad, que los bienes que consten inscritos a favor de determinadas personas, en sus respectivas demarcaciones, se inscriban a favor del Estado. Una vez practicada la inscripción en el más breve plazo posible, deberá comunicarse a la Dirección General de la Marina Mercante y a la Dirección General de Propiedades del Estado.

En todo caso, el registro aparece como instrumento técnico neutral a la filosofía o concepto de propiedad que la Constitución ampare.

*c) La necesidad de llevar a cabo todas las economías posibles dada la situación*

Los registradores de la propiedad no cobraban una nómina sino por arancel. La ralentización de las operaciones registrales ocasionó un grave problema económico para los registradores y el personal que servía en los Registros. Fue el Colegio de Registradores quien trató de socorrer las necesidades materiales de todos ellos. Por Orden de 8 de mayo de 1937<sup>35</sup> SÁNCHEZ ROCA, acuerda autorizar a la Junta Directiva del Colegio de Registradores, para que con garantía de los valores públicos pueda socorrer las necesidades más perentorias de quienes sirven los Registros, registradores y oficiales. Para ello se autoriza la apertura de una o sucesivas cuentas de crédito en el Banco de España, y la pignoración de los títulos de la deuda pública de su propiedad depositada a su nombre en el Banco Hispano Americano.

## 2. LA REPOSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Por Decreto dictado en Valencia el 17 de mayo, se admite la dimisión de Francisco LARGO CABALLERO cesando como presidente del Gobierno. Ese mismo día es nombrado Juan NEGRÍN, nuevo presidente del Gobierno, quien a su vez designa a Manuel DE IRUJO OLLO, militante del PNV, nuevo ministro de Justicia. El 19 de mayo se admite la dimisión de Mariano SÁNCHEZ ROCA, mediante acuerdo del Consejo de Ministros fechado en la ciudad de Valencia.

Por Decreto de 5 de julio de 1937<sup>36</sup>, siendo ministro de Justicia Manuel DE IRUJO Y OLLO, se repone la Dirección General de los Registros y del Notariado con la misma estructura que tenía al tiempo de su supresión.

También encontramos normas referidas al personal de la Dirección General y así por Orden del 20 de octubre de 1937 Pablo JORDÁN DE URRÍES Y AZARA, jefe de sección del Cuerpo facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado pide volver a su puesto tras declarar su adhesión a la República, parece deducirse de la orden que se le había dado de baja por no querer trasladarse a Valencia.

Es interesante leer la Exposición de Motivos de este decreto, que funda en razones exclusivamente coyunturales el motivo de su supresión, señalando como causa el «colapso que sufrían las instituciones» dependientes de esta Dirección General. Y considera que restituirla es «prestar un señalado servicio a la administración española, a la que no debe privarse de lo que una acreditada y gloriosa técnica ha demostrado ser imprescindible en la vida oficial de nuestro país».

Entre las aportaciones a destacar de esta Dirección General subraya las resoluciones de «tan hondo reflejo en el Derecho Civil».

Pero quizá lo más significativo es reconocer que las instituciones dependientes de ella, entre las que se encuentra la institución registral, «son esencialmente técnicas, instrumentos al servicio del Derecho, que no pueden desaparecer, sino que han de evolucionar al compás de este». Recuerda que siempre existirán los problemas agrarios, los de vivienda, siempre habrán normas que se pronuncien sobre el valor y el concepto de propiedad en nuestro territorio, «cualquiera que sea el régimen a que quede sometida la relación del hombre con las cosas de esta naturaleza» (la inmobiliaria) y que forzosamente han de existir en todos los regímenes.

Vuelve a destacar la naturaleza técnica de la institución registral, como instrumento válido al servicio de cualquier política de vivienda, agraria o de propiedad.

Creada de nuevo la Dirección General, la reconstrucción de los Registros sigue siendo una prioridad, y así en Decreto de 21 de octubre de 1937<sup>37</sup>, uno de los últimos dictados en Valencia, en su Exposición de Motivos vuelve a poner de manifiesto la necesidad de un registro operativo para el progreso económico de los pueblos. Señala que «la publicidad registral es un elemento técnico de garantía imprescindible en todo régimen de propiedad, independientemente de su contenido. Por la destrucción cualquiera que sea su causa, tanto de la titularidad quirográfica como de los libros del Registro, se producen indirectamente daños trascendentales en el régimen de propiedad y, por consecuencia, en la economía del país que, según acreditada la experiencia histórica, con el transcurso del tiempo se agravan, dificultándose la reparación».

Este Decreto, tras considerar necesario un estudio profundo del sistema de inmatriculación «para corregir las deficiencias tradicionalmente conocidas», simplifica el sistema de reconstrucción, para abaratar los costes de reinscripción tanto en el Registro de la Propiedad como en el Mercantil. Permite que se incorporen a un solo asiento las inscripciones que se reincorporan, y reduce su coste arancelario especialmente en referencia al número de folios utilizados en la redacción de los asientos.

#### IV. CONCLUSIÓN

Durante el tiempo que Valencia fue capital de la II República, la institución registral fue objeto de atención para que la misma mantuviera su actividad, como soporte del desarrollo económico en el ámbito especialmente de la construcción. Ello supone reconocer que el Registro de la Propiedad y el Mercantil no están unidos a una concepción liberal de la propiedad, sino a cualquier concepto de propiedad, que deba hacerse valer frente a terceros. En las Exposiciones de Motivos de las normas analizadas se encuentra siempre un claro reconocimiento de su función, por encima de la estructura administrativa que la incardine en el ministerio.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA OLIVER, J. *El eco de los pasos*.

PAU PEDRÓN, A., *Jurista*. Ministerio de Jurista. Madrid 1990.

Las Gacetas de Madrid y de la República desde el 18 de julio 1936 hasta el 1 de noviembre de 1937.

#### NOTAS

<sup>1</sup> GARCÍA OLIVER, J., *El eco de los pasos*. Ebook, 10063.

<sup>2</sup> Op. cit., Ebook, 10279.

<sup>3</sup> Op. cit., Ebook, 10384.

<sup>4</sup> «Durante la noche del 6 al 7 de noviembre de 1936 empezaron a llegar los primeros efectivos de burócratas y administrativos; el sostén humano de la máquina del Estado que en España siempre se ha caracterizado, entre otras cosas, por su inflación. En las semanas posteriores, "la España oficial" fue tomando posesión de los mejores pisos vacantes de la ciudad por haber sido sus propietarios declarados facciosos» (*Safón y Simón: 1986:72-73*) <http://www.uv.es/republica/plano/capital/capital.htm>.

<sup>5</sup> GARCÍA OLIVER, J., *El eco de los pasos*. Ebook, 10826.

<sup>6</sup> «Encontrándose destruidos por accidentes de guerra algunos registros, no puede cumplirse debidamente la función de aquellas oficinas».

<sup>7</sup> Publicada el 25 de julio en la Gaceta de Madrid, núm. 207, 835.

<sup>8</sup> Publicado el 27 de julio en la Gaceta de Madrid, núm. 209, 869.

<sup>9</sup> Publicado el 29 de agosto en la Gaceta de Madrid, núm. 242, 1546.

<sup>10</sup> Publicado el 13 de septiembre en la Gaceta de Madrid, núm. 257, 1768.

<sup>11</sup> Publicado el 22 de julio en la Gaceta de Madrid, núm. 204, 770.

<sup>12</sup> Publicadas el 22 de agosto en la Gaceta de Madrid, núm. 235, 1408.

<sup>13</sup> Publicado el 8 de agosto en la Gaceta de Madrid, núm. 221, 1143.

<sup>14</sup> Publicado el 4 de octubre de 1936, en la Gaceta de Madrid, núm. 278, 121.

<sup>15</sup> Publicado el 15 de agosto en la Gaceta de Madrid, núm. 228, 1253.

<sup>16</sup> Publicado el 7 de septiembre en la Gaceta de Madrid, núm. 251, 1702.

<sup>17</sup> Publicado el 8 de octubre en la Gaceta de la República, núm. 282, 237.

<sup>18</sup> PAU PEDRÓN, A., Jurista. Ministerio de Jurista. Madrid, 1990, 40.

<sup>19</sup> Publicado el 17 de diciembre en la Gaceta de la República, núm. 352, 1004.

<sup>20</sup> GARCÍA OLIVER, J., El eco de los pasos. Ebook, 12466.

<sup>21</sup> Publicada en la Gaceta de la República el 8 de febrero de 1937, núm. 39, 694.

<sup>22</sup> Orden de 15 de enero de 1937.

<sup>23</sup> Orden de 15 de enero de 1937.

<sup>24</sup> Orden de 28 de marzo de 1937.

<sup>25</sup> Orden de 26 de mayo de 1937.

<sup>26</sup> Orden de 25 de junio de 1937, siendo ministro IRUJO.

<sup>27</sup> Orden de 30 de diciembre de 1936.

<sup>28</sup> Publicada el 29 de mayo en la Gaceta de la República, núm. 149, 972.

<sup>29</sup> Publicada el 18 de abril de 1937, en la Gaceta de la República, núm. 108, 261.

<sup>30</sup> Publicada el 15 de enero de 1937, en la Gaceta de la República, núm. 15, 522.

<sup>31</sup> Publicada el 13 de abril de 1937, en la Gaceta de la República, núm. 103, 179.

<sup>32</sup> Publicada el 16 de mayo de 1937, en la Gaceta de la República, núm. 136, 720.

<sup>33</sup> Publicada el 10 de febrero de 1937 en la Gaceta de la República, núm. 41, 751.

<sup>34</sup> Publicada el 3 de marzo de 1937 en la Gaceta de la República, núm. 62, 1052.

<sup>35</sup> Publicada el 14 de mayo de 1937 en la Gaceta de la República, núm. 134, 690.

<sup>36</sup> Publicado el 6 de julio de 1937 en la Gaceta de la República, núm. 187, 103.

<sup>37</sup> Publicado el 22 de octubre de 1937 en la Gaceta de la República, núm. 295, 285.





# 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](http://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.<sup>a</sup> 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



9 770210 044002