

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO  
INMOBILIARIO



Año XCIV • Marzo-Abril • Núm. 766

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 • Marzo-Abril 2018 • Núm. 766

---

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**

**Don Aurelio Menéndez Menéndez**  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

### **Comisión ejecutiva**

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

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

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

### **Consejero-Secretario de la Revista**

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

## Consejeros

**Don Eugenio Fernández Cabaleiro**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Fernando Muñoz Cariñanos**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don José Manuel García García**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Antonio Pau Pedrón**  
Ex Decano del Colegio de Registradores  
de la Propiedad y Mercantiles de España

**Don José Poveda Díaz**  
Ex Decano del Colegio de Registradores  
de la Propiedad y Mercantiles de España

**Don Juan Pablo Ruano Borrella**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Joaquín Rams Albesa**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Complutense de Madrid

**Don Juan Sarmiento Ramos**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Luis M.ª Cabello de los Cobos y Mancha**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Carlos Lasarte Álvarez**  
Catedrático de Derecho Civil  
UNED Madrid

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

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

**Don Fernando Curiel Lorente**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

**Don Vicente Domínguez Calatayud**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Don Celestino Pardo Núñez**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

**Don Juan José Pretel Serrano**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

**Don Luis Fernández del Pozo**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

## Comité editorial

con funciones de evaluación externa

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

**Don Vicente Guilarte Gutiérrez**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Valladolid

**Don Fernando Pantaleón Prieto**  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Don Guillermo Jiménez Sánchez**  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad de Sevilla

## SUMARIO / SUMMARY

Págs.

### **ESTUDIOS / STUDIES**

- ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia: «La protección del consumidor en el contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico» / *Consumer protection in timeshare accommodation* ..... 685
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos: «Las obras de accesibilidad universal en los inmuebles en el Derecho privado español (estudio especial de la propiedad horizontal)» / *The works of universal accessibility in real estate in Spanish private law (special study of the horizontal property)*..... 719
- ROBLES LATORRE, Pedro: «Problemas de la inscripción de la renuncia abdicativa del dominio en el Registro de la Propiedad» / *Problems of the registration of the abdicative holder of the domain in the Registry of the Property*..... 775
- SEVILLA BUJALANCE, Juan Luis: «La capacidad matrimonial del menor de edad, ¿una reforma necesaria?» / *Children's legal capacity to contract marriage: A necessary reform?* ..... 799

### **DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES**

- BOTELLO HERMOSA, José María: «El controvertido apartado e) del artículo 5 de la LAU una exclusión condicionada» / *The controversial section 5e) of the Urban Leasing Act (of the LAU). A conditional exclusion*..... 821

**DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW**

- TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac: «Consideraciones a propósito del interdicto de recobrar por despojo judicial. El caso en que el predio lanzado pertenece a otra persona» / *Considerations on the subject of court interdict to recover dispossession. The case in which the property belongs to someone else launched*..... 847

**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..... 871
- Comentarios a Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por Vicente DOMÍNGUEZ CALATAYUD..... 969

**ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES**

## 1. DERECHO CIVIL:

## 1.1. Parte general:

- «La educación religiosa y la realización de los sacramentos de los menores» / *Religious education and the realization of sacraments of the minors*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE ..... 977

## 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 (I)» / *The responsibility of the joint property. The exercise of the trade for married person and the position of the spouse not businessman (I)*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT ..... 995

## 1.3. Derechos reales:

- «La concurrencia de un derecho o interés propios como condición necesaria de la legitimación de notarios y registradores para impugnar las resoluciones de la

	DGRN ante los tribunales civiles» / <i>The existence of a right or interest of their own as a necessary condition for the acknowledgement of the legal standing of notaries and registrars to challenge the decisions of the DGRN before the civil courts</i> , por Antonio MARTÍNEZ SANTOS.....	1026
1.5.	Obligaciones y Contratos:	
	— «Control de transparencia en el préstamo hipotecario multidivisa» / <i>Transparency control in multicurrency mortgage loans</i> , por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO.....	1042
1.6.	Responsabilidad civil:	
	— «Derecho de daños y derecho antidiscriminatorio: estereotipos y discriminación por género, edad y discapacidad» / <i>Tort law and non-discriminatory law: stereotypes and gender, age and disability discrimination</i> , por Isabel ESPÍN ALBA.....	1056
1.7.	Concursal:	
	— «Tracto sucesivo y convenio concursal» / <i>Chain of titles and insolvency settlements</i> , por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS.....	1078
2.	MERCANTIL:	
	— «Las Juntas generales clandestinas y la buena fe» / <i>Clandestine general shareholders meetings and good faith</i> , por Francisco REDONDO TRIGO.....	1098
3.	URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
	— «La reparcelación inversa o reversión de la reparcelación: ¿realidad o ficción?» / <i>The reversion or inversion of plot-redivision projects: reality or fiction?</i> , por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN.....	1117
4.	DERECHO BANCARIO:	
	— «Permuta financiera vinculada a préstamo hipotecario: ocultación de riesgos, frustración de expectativas y pér-	



didat patrimoniat asociatad a la contratati3n» / <i>Swap linked to mortgage loan: risk hiding, expectations frustration and wealth losses related to contract process</i> , por Ana Marfa P3REZ VALLEJO.....	1134
--	------

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY  
INFORMATION**

«La fiscalidad de la promoci3n inmobiliaria: Estudio integral de la tributaci3n del proceso urbanfstico y propuestas de mejora», de Pablo CHICO DE LA CÁMARA, por Soffa BORGIA SORROSAL.....	1169
«La oposici3n a la ejecuci3n por defectos procesales: estudio del artfculo 559 LEC», de Rafael CASTILLO FELIPE, por Santiago ARAGON3S SEJO .....	1171

## **PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»**

Se convoca el OCTAVO PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO» con arreglo a las siguientes BASES:

- 1.º La dotación del premio será de 2.500 euros.
- 2.º Se concederá premio al trabajo que, a juicio del Jurado, sea el mejor de los publicados en la RCDI entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2018, en cualquiera de las secciones de la revista, cuyo autor haya optado expresamente al premio y sea menor de cuarenta años en la fecha en que haya enviado el artículo a la RCDI solicitando su publicación. Podrá concederse *ex aequo* con otro autor.
- 3.º Los autores que deseen optar al premio deberán haberlo manifestado así mediante escrito dirigido al Secretario de la RCDI antes del día 31 de marzo de 2019. No optarán al premio los autores que formen parte del Consejo de Redacción de la RCDI en el año de la presentación del trabajo.
- 4.º El Jurado estará compuesto por el Presidente del Consejo de Redacción y los Consejeros integrados en el Comité Ejecutivo. El Secretario de la RCDI, actuará como Secretario del Jurado. Será Presidente del Jurado el Presidente del Consejo de Redacción.
- 5.º El premio será objeto de reseña en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.



# ESTUDIOS



# La protección del consumidor en el contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico

## *Consumer protection in timeshare accommodation*

por

ARAYA ALICIA ESTANCONA PÉREZ

*Doctora*

*Profesor Ayudante*

*Universidad de Cantabria*

**RESUMEN:** En los últimos años, hemos podido ser conscientes de la disminución del número de contrataciones cuyo objeto es la adquisición de las otrora denominadas *multipropiedades*. Entre otros factores, es evidente que el número de resoluciones judiciales que han declarado la nulidad de un gran número de estos contratos ha desanimado su proliferación.

La legislación —europea y nacional— y la jurisprudencia muestran, una clara tendencia de protección hacia el consumidor en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Recientemente, el Tribunal Supremo ha sentado las bases sobre varias cuestiones de importancia en la resolución de las controversias que pueden plantearse entre adquirentes y empresarios en el controvertido contrato de aprovechamiento por turno.

**ABSTRACT:** *In the last few years, we have realised a reduction of the number of contracts which has as object the acquisition of the called timeshare accommodation. Among other factors, it is clear that the number of court deci-*

sions that have declared the void of some contracts is not helpful to proliferate them and has dissuaded entrepreneurs.

The law —European and national— and the case law show as an eagerness to protect the consumer in timeshare contracts. Recently Supreme Court has laid the groundwork for some important matters to resolve disputes between consumers and entrepreneurs in timeshare contracts.

**PALABRAS CLAVE:** Multipropiedad. Aprovechamiento por turno. Consumidor. Sistemas *club*. Nulidad contractual.

**KEY WORDS:** Timeshare accommodation. Consumer. Club system. Void contracts.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CUESTIONES PREVIAS: 1. CONDICIÓN DEL ADQUIRENTE COMO CONSUMIDOR: A) *Criterio jurisprudencial prevalente*. B) *Argumentos en contra*. 2. TIPOLOGÍA CONTRACTUAL: A) *Aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico*. B) *Adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio*.—III. INEFICACIA DEL CONTRATO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES DE USO TURÍSTICO: 1. VENTAJAS OTORGADAS AL ADQUIRENTE COMO CONSUMIDOR FRENTE AL EMPRESARIO CON ANTERIORIDAD Y SIMULTÁNEAMENTE A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO: A) *Publicidad e información precontractual*. B) *Garantías en la firma del contrato*. 2. VENTAJAS OTORGADAS AL ADQUIRENTE COMO CONSUMIDOR FRENTE AL EMPRESARIO TRAS LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO: A) *Desistimiento unilateral*. B) *Acción de cesación*. C) *Ineficacia contractual*: a) Resolución contractual: causas. b) Anulabilidad vs. nulidad contractual. 3. DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SENTADA A PARTIR DE LA STS 16/2017, DE 16 DE ENERO: A) *Clubs de vacaciones: nulidad de la figura contractual bajo la Ley 42/1998*. B) *Efectos derivados de la declaración de nulidad contractual*.—IV. CONCLUSIONES.—V. JURISPRUDENCIA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La riqueza geográfica y cultural acompañadas de la variedad climática, hacen de España una atracción para el turismo mundial. Al margen de las innegables ventajas que esto aporta a la economía nacional, no podemos olvidar las necesidades que esta demanda exige. Ello nos lleva a buscar un equilibrio que procure evitar los perjuicios propios de una gran afluencia de turistas al territorio nacional.

Son varios los campos de actuación en los que será necesario actuar en orden «controlar» que uno de los motores de la economía española no sea una fuente

incesante de conflictos. La manera más ordenada de frenar los conflictos ya surgidos y de evitar la proliferación de nuevos es la llevada a cabo a través de la intervención de las Instituciones públicas. Los legisladores europeo y nacional han desarrollado una ardua labor con la que dotar de la seguridad jurídica necesaria a todas aquellas relaciones jurídicas entabladas por los turistas que eligen nuestro país.

En particular, la normativa europea y nacional nos muestra la necesidad imperiosa de frenar el abuso que las empresas dedicadas a la explotación de las antiguamente denominadas *multipropiedades* estaban realizando<sup>1</sup>. Los adquirentes de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico celebraban sus contratos confiando en que estaban adquiriendo una gran oportunidad e, inducidos por prácticas comerciales agresivas y, en ocasiones, engañosas, llevaban a cabo contrataciones vinculantes durante, en muchas ocasiones, el resto de sus vidas. El mismo veto terminológico de «multipropiedad» que la propia legislación realiza a la denominación del aprovechamiento por turnos tenía como objeto evitar o prevenir aquellos abusos.

Son muchos los esfuerzos realizados por la jurisprudencia en orden a dotar de una interpretación clarificadora a la normativa que tiene como finalidad la protección del adquirente como consumidor. Aún en la actualidad, como se verá, las resoluciones judiciales vienen a resolver controversias en las que los contratos estaban regidos por la Ley 42/1998, de 15 octubre, que desarrolló el derecho real de aprovechamiento por turno —trasposición de la Directiva 4/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido—, ley derogada por la actual Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias —trasposición de la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio—. Ello nos invitará a reflexionar acerca de los cambios que la nueva normativa ha introducido y si, bajo su reglamentación, la resolución judicial pudiera haber adoptado otro sentido.

## II. CUESTIONES PREVIAS

### 1. CONDICIÓN DEL ADQUIRENTE COMO CONSUMIDOR

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 Consumi-



dores y Usuarios —en adelante, TRLGDCU—, cuyo anclaje constitucional se encuentra en el artículo 51 CE, otorga una especial protección a los sujetos que, vinculados por una relación jurídica en desequilibrio, son considerados la parte contractual más «débil». Como afirma MEZZASOMA, la tutela del contratante débil se fundamenta bajo el prisma del *principio de igualdad* constitucionalmente protegido, llegando más allá de su estimación como consumidor-persona en tanto debe acercarse al alcance de su protección como operador económico<sup>2</sup>. Las normas internas de aplicación en el territorio de cada Estado miembro surgen con objeto de la adecuación a la normativa comunitaria, actualmente presidida por la *Directiva 2011/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores*.

La extensión y alcance del término consumidor/usuario debe ser determinada a través de las definiciones reconocidas por los legisladores europeos y nacionales en las normas generales en materia de consumo. Sin obviar la necesaria labor interpretativa del aplicador del derecho, la tarea adquiere una mayor complejidad si tenemos en cuenta cada regulación sectorial y específica en la que al posible consumidor le son atribuidas unas características particulares que pueden dificultar su reconocimiento.

Es el caso del adquirente en el contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Siguiendo la guía marcada por el legislador europeo en la *Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio* y coincidiendo con la definición contenida en el artículo 3 TRLGDCU, la *Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias* —en adelante, LAPT— define al consumidor como «*toda persona física o jurídica que actúe con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión*». Esta definición generalista, carente de concreción alguna en la materia que nos ocupa, ha propiciado el necesario pronunciamiento del Tribunal Supremo que clarifica y delimita el alcance de la actuación de una persona —física o jurídica— bajo el reconocimiento de su condición de consumidor.

#### A) *Criterio jurisprudencial prevalente*

Una de las cuestiones debatidas en el litigio de cuya resolución se encarga el Tribunal Supremo en la sentencia 16/2017 de 16 de enero [Rec. 2718/2014], es la relativa a la estimación del ánimo de lucro como determinante o no de la condición de consumidor o usuario. Es decir, la operadora de servicios tu-

rísticos o agencia de viajes demandada (Silverpoint Vacations S.L.) trata de poner en duda la condición de consumidor de los adquirentes de los derechos de aprovechamiento por turno de determinados inmuebles. Para ello alega que estos, al disponer de la posibilidad de reventa de derechos, han llevado a cabo la contratación con ánimo de lucro y esto, por lo tanto, podría ser considerado propio de una actividad empresarial o comercial.

El Tribunal Supremo, acertadamente y siguiendo lo resuelto por el TJUE en planteamientos similares —SSTJUE de 10 de abril de 2008 (caso *Hamilton*) y de 25 de octubre de 2005 (asunto *Schulte*)—, determina que, aun asumiendo la contratación del adquirente con ánimo de lucro, no puede suponer la pérdida de la condición de consumidor. En este sentido, utilizando de modo orientativo la reforma del artículo 3 TRLGDCU introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, el ánimo de lucro sirve para descartar el carácter de consumidor a la persona jurídica. El segundo caso excluyente del carácter de consumidor es aquel en el cual la persona física es movida por el afán de enriquecerse realizando actividades con regularidad en periodos cortos de tiempo en tanto que «*la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario*» (FD Cuarto).

A partir de la citada STS 16/2017 de 16 de enero [Rec. 2718/2014], han sido varios los pronunciamientos del Alto Tribunal que sientan doctrina jurisprudencial en este sentido —*vid.* SSTs núm. 37/2017, de 20 de enero [Rec. 2959/2014]; núm. 38/2017, de 20 de enero [Rec. 3238/2014]; núm. 438/2017, de 12 de julio [Rec. 2868/2015]; núm. 449/2017, de 13 de julio [Rec. 2222/2015] y núm. 453/2017, de 17 de julio [Rec. 1508/2015]—.

### *B) Argumentos en contra*

En el caso ya comentado puede observarse también argumentos discrepantes. Siendo indiscutible el desacierto en lo manifestado por los demandados acerca del ánimo de lucro determinante de la exclusión de la condición de consumidor, merece especial consideración el voto particular formulado por el magistrado D. Antonio SALAS CARCELLER respecto de la STS 16/2017 de 16 de enero [Rec. 2718/2014]. Este voto particular utiliza la argumentación de la sentencia recurrida para compartir la falta de carácter de *destinatarios finales* de los demandantes<sup>3</sup>. En este sentido, reconoce una finalidad comercial, probada por la contraparte y no combatida por los demandantes a través del cauce procesal oportuno. Esta finalidad comercial manifestada por la intención de obtener un beneficio económico a través de la reventa determinaría, según el magistrado, la exclusión del carácter de consumidor y su consecuente protección.

En este sentido, consideramos la necesidad de tener presente cuál es el espíritu y finalidad de las normas proteccionistas del adquirente en los contratos

de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Como precedente, tenemos el ejemplo de un gran número de ordenamientos que, ya en la década de los ochenta, tuvieron como objeto el desarrollo de una normativa que persiguiera la protección del adquirente —sin que este tuviera, necesariamente, la condición de consumidor—<sup>4</sup>. Es decir, la mera condición de adquirente en esta tipología contractual le hacía merecedor de una especial protección, por encontrarse en una manifiesta posición de desventaja respecto del vendedor-empresario. Y es precisamente esta, la posición de desventaja, sumada al abuso practicado por muchos empresarios, los fundamentos que justificarían el otorgamiento de un trato especial al adquirente, con independencia de que este sea consumidor o vaya a obtener un provecho económico con esa adquisición —solo en el caso de ejercer una buena pericia—. En la actualidad, la condición de consumidor supone el otorgamiento de una protección *extra* al adquirente.

## 2. TIPOLOGÍA CONTRACTUAL

Dejando al margen la compleja fórmula contractual reconocida por la derogada Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, denominado *contrato relativo, directa o indirectamente, a la adquisición de un derecho de utilización de uno o más inmuebles en régimen de tiempo compartido*, el legislador nacional, a través de la Ley 42/1998, de 15 octubre, desarrolló el derecho real de aprovechamiento por turno —que sustituye, también en nomenclatura, a la actualmente prohibida «multipropiedad»—, incluyendo bajo su reglamentación los arrendamientos de bienes inmuebles vacacionales por temporada.

Aquella Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre, fue derogada por la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero, que introduce un desglose de las modalidades contractuales que son objeto de regulación a través de su articulado. Siguiendo el mandato europeo, idéntica división contractual es la recogida por la LAPT: *contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, contrato de producto vacacional de larga duración, contrato de reventa y contrato de intercambio*.

Quedaría por determinar, no obstante, si la tipología contractual reconocida en la LAPT por el legislador español impide la estimación de otras modalidades contractuales que puedan tener cabida en su reglamentación. A diferencia de la regulación contenida en la Ley 42/1998<sup>5</sup>, encontramos el artículo 23.8 LAPT en él estipula expresamente la falta de obstáculos para afirmar la *validez de cualquier otra modalidad contractual de constitución de derecho de naturale-*

za personal o de tipo asociativo<sup>6</sup> que, a efectos publicitarios, podrán tener su reflejo en el Registro de la Propiedad en el que se encuentre el inmueble. No obstante, no podemos perder de vista que la apertura a la creación de nuevas modalidades contractuales queda limitada a la constitución de derechos de naturaleza personal u obligacional, siendo limitada la constitución de derechos reales a los que expresamente contiene la norma.

#### *A) Aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico*

Como la principal de las modalidades cuya regulación tiene por objeto la LAPT, el contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico es definido por la ley como «*aquel de duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, derecho a utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación*» (art. 2 LAPT).

Las principales características del contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico como derecho real limitado<sup>7</sup> y atípico<sup>8</sup> son ordenadamente descritas por el profesor PINO ABAD<sup>9</sup>: a) derecho transmisible —*inter vivos* o *mortis causa*— y susceptible de gravamen (art. 33 LAPT); b) únicamente podrán ser objeto de este contrato los edificios, conjunto inmobiliario (que disponga de, al menos, diez alojamientos independientes y todos ellos sometidos al aprovechamiento por turno) o sectores arquitectónicamente diferenciados (art. 23.2 LAPT); c) el periodo anual del aprovechamiento nunca podrá ser inferior a los siete días consecutivos, con turno de igual o diferente duración a lo largo del año, si hubiera más de uno (art. 23.3 LAPT); d) se prohíbe vincular el derecho a una cuota indivisa de la propiedad, denominarlo multipropiedad o término análogo que contenga la palabra propiedad (art. 23.4 LAPT). Es decir, el carácter real del derecho le concede las características de *inherencia*, *oponibilidad* «*erga omnes*», *defensa a través de acciones reales y posesorias*<sup>10</sup>.

Por lo demás, al adquirente, durante el periodo contractualmente pactado, le es otorgada la facultad de disfrute de este derecho sin más limitaciones que la prohibición de alterar el inmueble y el mobiliario afecto (art. 23.1 LAPT).

#### *B) Adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio*

Junto al más popular de los contratos, encontramos otras tres modalidades legalmente reconocidas por los legisladores europeos (art. 2 Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero) y nacional (arts. 3, 5 y 6 LAPT).

Empezando por el contrato de producto vacacional de larga duración, adelantamos que la poco clara definición legal nos remite a un contrato «*de*

*duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, esencialmente el derecho a obtener descuentos u otras ventajas respecto de su alojamiento, de forma aislada o en combinación con viajes u otros servicios»* (art. 3 LAPT). Es caracterizado, además, por la necesidad de realizar los *pagos escalonados*, divididos en *plazos anuales* de igual cuantía (art. 14 LAPT).

A diferencia del contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, en el contrato de producto vacacional de larga duración el pago de una contraprestación a la que viene obligado el consumidor (por tratarse de un contrato oneroso) supone la adquisición de un derecho por el que se obtendrán ventajas *extra* al uso y disfrute del alojamiento. Por ello, entendemos que este contrato supone un *plus* en favor del consumidor que, a cambio de un precio, tendrá unos beneficios asociados al simple alojamiento vacacional. En este sentido, CARRASCO PERERA describe varios ejemplos de situaciones que pueden ser merecedoras de protección a través de esta modalidad contractual<sup>11</sup>, entre las que destacamos la fórmula del *condohotel*<sup>12</sup>; el alquiler de un alojamiento turístico por temporadas sucesivas siendo correspondido con prestaciones como el regalo de un crucero, una mascota, etc.; o la simple rebaja del precio por alquileres sucesivos en anualidades (*tres por dos*).

Por lo que respecta al contrato de reventa, viene definido como aquel por el que «*un empresario, a título oneroso, asiste a un consumidor en la compra o venta de derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico o de un producto vacacional de larga duración*» (art. 5 LAPT). Al igual que el resto de las modalidades contractuales, esta viene reconocida por la Directiva 2008/122/CE que vino a definir el significado de esta previsión y garantizar cierta seguridad a los consumidores que la hubieran contratado. Ante el baile de resoluciones judiciales divididas entre la resolución y la nulidad contractual para la falta del cumplimiento de reventa del empresario —original vendedor del derecho de aprovechamiento por turno o del producto vacacional—, el legislador europeo engloba en el contrato de reventa *toda actividad de intermediación del empresario para la compraventa de derecho de aprovechamiento por turno, con independencia de que se trate de una cláusula incorporada al contrato o que se trate de la venta del anterior derecho en el supuesto de que se adquiriera un segundo*<sup>13</sup>.

Finalmente, el contrato de intercambio definido como aquel por el que «*un consumidor se afilia, a título oneroso, a un sistema de intercambio que le permite disfrutar de un alojamiento o de otros servicios a cambio de conceder a otras personas un disfrute temporal de las ventajas que suponen los derechos derivados [...]*» (art. 6 LAPT), es un claro ejemplo de los contratos accesorios que pueden acompañar al principal del aprovechamiento por turno o producto vacacional. La adhesión a este sistema de intercambio es independiente a los derechos que le asisten en el contrato

principal y permite al consumidor poder rescindir el accesorio sin que ello afecte al principal, aunque la rescisión del principal suponga la del accesorio (art. 15.1 LAPT)<sup>14</sup>.

### III. INEFICACIA DEL CONTRATO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES DE USO TURÍSTICO

Como veníamos afirmando, la protección del consumidor en este tipo de contratos ha sido una máxima que los legisladores europeo y nacional han tenido presente en la redacción de sus normas. Para evitar cualquier posible confusión y con la intención puesta en evitar un desequilibrio entre las partes contratantes que deje al consumidor en clara desventaja, el artículo 12 Directiva 2008/122/CE exige que los Estados miembro velen por salvaguardar la *irrenunciabilidad de los derechos* conferido al consumidor en su articulado. De este modo, el artículo 16 LAPT sanciona con la *nulidad radical* la renuncia de los derechos reconocidos en la ley.

#### 1. VENTAJAS OTORGADAS AL ADQUIRENTE COMO CONSUMIDOR FRENTE AL EMPRESARIO CON ANTERIORIDAD Y SIMULTÁNEAMENTE A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

La garantía de una información *precisa y suficiente*, de forma *clara y comprensible* aportada por el empresario al consumidor que hipotéticamente pueda llegar a convertirse en adquirente de derechos de aprovechamiento por turno o de productos vacacionales de larga duración, es una de las mayores precauciones tomadas por los legisladores europeo y nacional en la redacción de la normativa reguladora de la materia.

Esta información aportada por el empresario que garantice la emisión de un consentimiento válido por parte del consumidor ha de tener un carácter previo y simultáneo a la celebración del contrato. El objetivo que se persigue con esta previsión, al igual que con la prohibición expresa del uso de la palabra «propiedad», es evitar la confusión del consumidor y la inducción a error en la contratación<sup>15</sup>. A pesar de la discordancia encontrada entre la jurisprudencia, como veremos en epígrafes siguientes, entendemos que la norma que garantiza la disposición de información previa a la celebración del contrato en manos del adquirente es de carácter imperativo, lo que nos llevaría a declarar la nulidad en caso de inobservancia en virtud del artículo 16 LAPT. No obstante, siempre con la intención puesta en dotar al consumidor de la mayor protección y menor perjuicio posibles, puede sostenerse una ineficacia unidireccional por la que la acción de nulidad solo podrá ser ejercitada por la parte contractual más débil, el consumidor.

### A) *Publicidad e información precontractual*

La práctica habitual del pasado ha impulsado al legislador europeo a imponer la obligación a los empresarios de comunicar a los consumidores cuál es el objeto final de la *publicidad* que están recibiendo. En este sentido, la invitación a asistir a algún acto promocional o de venta debe especificar claramente la naturaleza y finalidad comercial del acto (arts. 3.2 Directiva 2008//122/CE y art. 7.2 LAPT). Se trata de evitar prácticas habituales como la presunta obtención de un premio o la participación en sorteos o concursos y destapar el carácter simulado de actos puramente comerciales que los consumidores desconocían o que venían inducidos por el empresario a considerarlo erróneamente como una inversión (prohibición expresa en los artículos 3.4 Directiva 2008//122/CE y art. 7.4 LAPT).

En los anuncios y ofertas publicitarias deberán informar, además, sobre el modo en el que encontrar la *información precontractual* gratuita que, en todo caso, deberá estar al alcance del consumidor en formato papel o en cualquier otro soporte duradero (art. 8 LAPT)<sup>16</sup> —como en la página web de la empresa o de una asociación profesional o empresarial (art. 9.4 LAPT)—. La emisión de esta información precontractual evitará que el consumidor caiga en desconocimiento y desinformación achacable al empresario y, además, servirá como oferta vinculante para el comerciante<sup>17</sup>.

Para ello, la propia LAPT —siguiendo los pasos de la Directiva— ofrece un formulario específico para cada tipo contractual que el empresario habrá de completar con el objeto de garantizar la aportación de una información completa al consumidor. En este sentido, con una estructura idéntica dividida en tres partes, los Anexos I, II, III y IV contienen los formularios de una información precontractual relativos a los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, producto vacacional de larga duración, reventa e intercambio, respectivamente. En tanto hemos afirmado la posible celebración de otros contratos (art. 23.8 LAPT), la duda se plantearía en relación con el tipo de información precontractual que el empresario estaría obligado a aportar al consumidor. No obstante, la estructura general de todos los formularios nos puede servir como guía para entender cuál es la información precontractual mínima que habrá de ser aportada al consumidor en cualquier otra modalidad contractual que el empresario estuviera dispuesto a celebrar<sup>18</sup>.

### B) *Garantías en la firma del contrato*

El momento de la firma del contrato también se presenta determinante como objeto de protección al consumidor adquirente de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico en virtud del artículo 11

LAPT. No debemos olvidar que, a pesar de que el artículo 11 LAPT se dedique a otorgar un contenido contractual mínimo en aquellos supuestos en los que el adquirente tenga la condición de consumidor y la adquisición tenga como objeto bienes inmuebles de uso turístico, el artículo 30 LAPT establece ese contenido mínimo exigible a todos los contratos celebrados por personas físicas o jurídicas *en el marco de su actividad profesional*<sup>19</sup> y relativos a los derechos de aprovechamiento por turno de *bienes inmuebles*<sup>20</sup>.

En particular, las previsiones expresas contenidas en el artículo 11 LAPT y que garantizan una particular protección al consumidor, se centran en una especial formalización del mismo que habrá de ser realizada: 1) *por escrito* —en papel o cualquier otro soporte duradero<sup>21</sup>—; 2) en un *tamaño tipográfico* y con un *contraste de impresión* adecuados para su lectura<sup>22</sup>; 3) en *lengua oficial* de Estado miembro del que sea residente o nacional el consumidor o a su elección, si la lengua es oficial de la Unión Europea —si el consumidor fuera español, deberá redactarse en lengua castellana y, en su caso, en alguna de las lenguas oficiales del territorio español—; 4) deberá constar la *identidad, domicilio, firma* de cada parte contratante, *fecha y lugar de celebración del contrato*; 5) deberá constar la *firma del consumidor* en las cláusulas contractuales relativas al *derecho de desistimiento y prohibición de anticipos*<sup>23</sup>; y 6) habrá de recibir de una *copia del contrato*. Recordamos, además, que la información precontractual suministrada al consumidor constituirá parte integrante del contrato, siendo prohibida la modificación unilateral de la misma.

A las menciones que tienen por objeto dotar de una especial protección al consumidor, como señalábamos, se une el contenido contractual mínimo exigido por el artículo 30 LAPT caracterizado por su larga lista de previsiones que acotan de manera significativa y estructuran su contenido, creando contratos en formato de formularios que clarificarán el entendimiento por parte de los adquirentes<sup>24</sup>. La importancia del precepto la vemos reflejada en el artículo 31 LAPT, en el que se prevé la *inscripción registral* de la adquisición y transmisión de derechos de aprovechamiento por turno si: 1) el contrato se ha celebrado o formalizado ante notario y 2) el registrador abre folio al turno por el que se prevea que el aprovechamiento es objeto de transmisión<sup>25</sup> (art. 31.1 LAPT). No obstante, a falta de cumplimiento de las previsiones contenidas en el artículo 30 LAPT, el notario rechazará el otorgamiento de la escritura pública.

## 2. VENTAJAS OTORGADAS AL ADQUIRENTE COMO CONSUMIDOR FRENTE AL EMPRESARIO TRAS LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Habiendo sido ya analizadas las garantías que tienen por objeto proteger al consumidor con carácter previo y simultáneo a la celebración del contrato, una vez producida esta no puede afirmarse que los mecanismos de defensa legales



y que aventajan al consumidor hayan finalizado. Sin perjuicio de que sea de justicia que, ante la causación de un daño, el consumidor tenga garantizada una defensa, el derecho de desistimiento unilateral es claro ejemplo de la protección *extra* otorgada al consumidor<sup>26</sup>.

#### A) *Desistimiento unilateral*

El derecho de desistimiento unilateral ejercitable por el consumidor se presenta como mecanismo de reequilibrio de las posiciones que ocupan el consumidor y el empresario. La ventaja con la que cuenta el empresario en la emisión de una publicidad atrayente —incluso, en ocasiones, irresistible— para los consumidores y en la redacción de unas condiciones contractuales que estos habrán de aceptar sin posibilidad de cuestionamiento, justifica la necesidad de establecer un mecanismo a través del cual el consumidor pueda reflexionar *a posteriori* acerca del contrato celebrado y, en un momento dado, arrepentirse de su decisión<sup>27</sup> de forma totalmente gratuita y sin necesidad de pagar contraprestación alguna (art. 12.6 LAPT).

En consonancia con lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 2008/122/CE, el artículo 12 LAPT desarrolla el ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor: 1) *unilateralmente* —y recepticia, en tanto debe llegar a conocimiento del empresario—, 2) *exento de causalidad* y 3) en el *plazo de catorce días naturales* a contar desde la fecha de celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar<sup>28</sup>, sobre cualquiera de los contratos contenidos en la Ley.

No obstante, existe la posibilidad de ampliar el plazo de catorce días naturales y de modificar el día de inicio del cómputo, ante alguna de las causas de incumplimiento imputables al empresario —causas de resolución contractual bajo la Ley 42/1998<sup>29</sup>—. De este modo, el cómputo del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento quedará sujeto a las siguientes particularidades condicionadas al incumplimiento por parte del empresario: a) en primer lugar, a falta de entrega del documento contractual al adquirente en la fecha de celebración del contrato o de cualquier contrato preliminar, el plazo de catorce días comenzará a correr con la posterior entrega; b) en segundo lugar, a falta de entrega del formulario de desistimiento debidamente cumplimentado en la fecha de celebración del contrato, el cómputo del plazo comenzará con su debida entrega venciendo, en cualquier caso, transcurridos un año y catorce días naturales desde la celebración del contrato, de cualquier contrato preliminar vinculante o de la recepción posterior del documento contractual; c) finalmente, a falta de entrega de la información precontractual y sus formularios en momento de la celebración del contrato, el cómputo del plazo comenzará con su debida entrega venciendo, en cualquier caso, transcurridos tres meses y

catorce días naturales desde la celebración del contrato, de cualquier contrato preliminar vinculante o de la recepción posterior del documento contractual (art. 12.2 LAPT)<sup>30</sup>.

Vigente el plazo para el ejercicio de derecho de desistimiento, se declarará la nulidad y el consumidor podrá reclamar el duplo de las cuantías entregadas en concepto de *garantía, reserva de dinero en cuentas, reconocimiento expreso de deuda o cualquier otra contraprestación a favor del empresario o tercero* (art. 13 LAPT)<sup>31</sup>.

En cuanto a la forma en la que debe ser ejercitado este derecho de desistimiento apreciamos, una vez más, la ventaja otorgada al consumidor por la que solo estará obligado a que esta sea llevada a cabo *por escrito* pudiendo optar por el soporte papel o cualquier otro soporte duradero<sup>32</sup>. La validez del ejercicio del derecho dependerá de que su expedición sea realizada por el consumidor dentro de los citados plazos, sin importar el momento en el que se haya recibido por parte del empresario (art. 12.4 LAPT).

Una vez ejercitado el derecho de desistimiento en tiempo y forma válidos, el principal efecto derivado es la falta de efecto alguno del contrato (art. 12.5 LAPT), debiendo ser restituidas *las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.303 y 1.308 del Código Civil*, no debiendo soportar el consumidor la disminución del valor del bien, si la hubiera y pudiendo exigir los gastos necesarios y útiles realizados en el bien (art. 74 TRLGDCU)<sup>33</sup>.

Por lo que respecta a los *contratos accesorios*, los efectos del desistimiento del principal también son extensibles a aquellos. En este sentido, la falta de eficacia del contrato sobre el que se ha ejercitado el derecho de desistimiento abarcará automáticamente la del resto de contratos que traían causa de aquel. En virtud de estos contratos accesorios, el consumidor adquiriría servicios relacionados con el contrato principal prestados por el mismo empresario o un tercero (art. 15.1 LAPT). Aunque la norma no prevea en su articulado, los Anexos de los *formularios* con el contenido mínimo que los empresarios habrán de incluir en sus contratos contienen la previsión expresa de las modalidades de rescisión de contratos accesorios y sus consecuencias y es que, «qui potest plus, potest minus».

En caso de que el adquirente hubiera necesitado financiación para la adquisición del derecho —ya sea total o parcialmente—, el desistimiento abarcará también el del contrato de préstamo, sin coste alguno para el consumidor (art. 15.2 LAPT). Del mismo modo, si se hubiera subrogado en un préstamo contratado por el transmitente, la subrogación quedará sin efecto (art. 15.3 LAPT). Una de las cuestiones que la norma no aclara es quien asumirá la devolución de las cuantías satisfechas por los adquirentes a la entidad financiera con motivo del contrato de financiación. En este sentido, el Tribunal Supremo sienta directrices interpretativas en la STS núm. 776/2014 de 28 de abril [RJ 2015, 1553] acerca del alcance de la ineficacia del contrato de financiación

derivada de la declaración de nulidad del contrato principal —al igual que ocurriría si la ineficacia del contrato principal proviniera del desistimiento ejercitado por el adherente— confirmando la sentencia de primera instancia en la que se condena a la empresa y a la entidad financiera *solidariamente* al pago a favor de los demandantes de la cantidad de 4194,33 euros y condenando a la empresa al pago de 180,30 euros, más el interés legal desde la interposición de la presente demanda y las costas. Del mismo modo, la STS núm. 436/2015 de 27 de julio [RJ 2015, 4856] condena a la empresa y a la entidad financiera al pago solidario de 14.075,19 euros, así como los intereses legales desde la fecha de la reclamación judicial y hasta el completo pago, así como a satisfacer las costas causadas al actor.

A pesar de que los efectos del desistimiento del contrato principal son automáticamente extensibles a los accesorios, recae en el consumidor la carga de probar el ejercicio del derecho de desistimiento e instar, en el plazo de dos años, la anulación de los contratos accesorios —judicial o extrajudicialmente— (arts. 15.4, 5 y 6 LAPT)<sup>34</sup>.

#### B) *Acción de cesación*

Tratándose de relaciones contractuales en las que intervienen consumidores y usuarios, queda garantizado el ejercicio de la acción de cesación *contra las conductas contrarias a lo prevenido en esta Ley que lesionen intereses de los consumidores* (art. 21 LAPT). El ejercicio de la acción quedará sometido a lo estipulado en los artículos 53 a 58 TRLGDCU.

No obstante, no debemos olvidar que, por lo general, estamos ante contratos en los que existe un clausulado predispuesto unilateralmente por el empresario —sin negociación previa— y el cual, el consumidor, solo podrá aceptar o rechazar. En este sentido, estamos ante contratos sometidos al régimen jurídico de las condiciones generales de la contratación, cuya acción de cesación queda reconocida en el artículo 12.2 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación —en adelante, LCGC—.

La acción de cesación estará dirigida a evitar el uso —presente y futuro— de cláusulas abusivas en contratos celebrados o dirigidos a consumidores y usuarios, o cualquier tipo de conducta que lesione de manera colectiva derechos reconocidos en el TRLGDCU<sup>35</sup>.

A pesar de las voces en contra en el análisis de la acción de cesación prevista en el artículo 53 TRLGDCU<sup>36</sup>, estamos de acuerdo en que la acción de cesación contenida en la LCGC tiene un eminente carácter preventivo. El presupuesto para su ejercicio es el riesgo de continuación en la utilización de un clausulado contractual predispuesto que sea contrario a las normas imperativas, llevándose a cabo un control abstracto del clausulado<sup>37</sup>.

C) *Ineficacia contractual*

a) Resolución contractual: causas

Con la intención de evitar la confusión terminológica creada en torno al ejercicio del derecho de desistimiento y la resolución contractual instada por el consumidor debido a la traducción española de la Directiva 1994/47/CE, la LAPT —de mano de la Directiva 2008/122/CE— opta por reglamentar el derecho de desistimiento *como un derecho de naturaleza única «ad nutum»*, eliminando toda regulación expresa de los supuestos que pueden llevar al consumidor a ejercitar la resolución contractual y que, bajo la vigencia de la Ley 42/1998, se correspondían con los supuestos previstos en su artículo 12.2<sup>38</sup>.

No obstante, esta falta de previsión expresa de las causas que pueden llevar al consumidor a solicitar la resolución contractual no impide que, de conformidad a lo establecido en el artículo 12.7 LAPT, el consumidor pueda ejercitar esta acción en virtud de lo previsto en el artículo 78 TRLGDCU y en virtud de la acción general contenida en el artículo 1124 del Código Civil.

No parece clarificadora la clasificación realizada por CORRAL GARCÍA en la que ilustra las principales causas de resolución contractual analizadas por la jurisprudencia<sup>39</sup>. En este sentido, la principal causa analizada por los tribunales en atención al planteamiento de una demanda de resolución del contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico por incumplimiento del empresario es la relativa a incumplimiento de la *obligación de reventa* suscrita por el adquirente.

A la aparentemente clara y directa respuesta por la que, ante el incumplimiento de la obligación de reventa, la sanción habrá de ser la resolución contractual, es necesario establecer grandes matices.

Si considerásemos que se trata de una obligación de medios y/o prestación accesoria, la consecuencia legal a la efectiva falta de reventa final no podrá ser la resolución contractual. Se trataría, en su caso, del incumplimiento de una obligación accesoria que no supone un incumplimiento contractual esencial —*vid.* STS núm. 638/2013, de 18 de noviembre [RJ 2014, 2233]—. Por el contrario, si estimáramos que se trata de una obligación de resultado y/o una prestación principal, la consecuencia sería la resolución contractual por incumplimiento contractual de la empresa.

Lejos de encontrar una respuesta clara entre las resoluciones jurisprudenciales, lo cierto es que la división dificulta determinar cuál de las posturas es la prevalente. En este sentido, favorable a la estimación de la obligación de reventa como una obligación accesoria encontramos la SAP Valencia número 41/2004 de 27 de enero [JUR 2005, 3666] —*«tampoco cabe dar lugar a la pretensión que se articula con carácter subsidiario de resolución del contrato [...] con base al incumplimiento de la obligación de la parte demandada de recompra*

*de lo vendido, ya que con independencia que tratándose en principio de una prestación accesoria respecto de la principal que es la venta del derecho de aprovechamiento por turnos, su incumplimiento no conllevaría necesariamente la de la resolución del contrato, a salvo de la adecuada demostración de su carácter esencial para suscribir el mismo»—, así como la SAP de Málaga número 38/2006 de 26 de enero [AC 2006, 473] que aboga por la estimación de una obligación accesoria y de medios —«se trata de una obligación de realizar una gestión de reventa en el plazo máximo de 90 días [...] y no puede tener la consideración de esencial de modo que faculta la resolución contractual exclusivamente por este motivo»—.*

Parecen ser más numerosas las resoluciones favorables a su estimación como una obligación esencial y de resultado. En este sentido, la SAP Barcelona número 716/2005 de 14 de noviembre [AC 2006, 160] consideró estar «en presencia de un pacto de reventa y no solo de gestión de la misma como afirma la apelante, y además lo es por un precio no inferior al de adquisición según se desprende del contrato»; en la sentencia número 290/2012 de 29 de mayo [JUR 2012, 220886] expone que «que la empresa vendedora —ahora recurrente— no consiguiera ni por gestiones directas ni indirectas, la reventa del derecho de los compradores constituye, desde la óptica de la equidad y buena fe, un verdadero y propio incumplimiento contractual de una obligación que era esencial a los fines económico-sociales del contrato, frustrando las legítimas expectativas de los compradores», así como en la número 37/2017 de 2 de febrero [JUR 2017, 106160] considera «indudable el carácter esencial de ese compromiso de reventa en la gestación de la común voluntad contractual, toda vez que por medio del mismo se autorizaba nada menos que a los titulares de un derecho real de duración ilimitada a ceder el mismo a tercero». En el mismo sentido encontramos la SAP Islas Baleares número 133/2006 de 15 de mayo [JUR 2008, 331025] —«el cuestionado pacto de reventa, constituye una obligación de fines y no de medios, y que el tan citado pacto, dentro de la dinámica de este tipo de promociones, constituye una obligación primordial, pues lo que en definitiva se pretende con el mismo es, además de dar la apariencia de que se garantiza plenamente la inversión, transmitir al adquirente del derecho de aprovechamiento por turno del inmueble de uso turístico, la impresión de que la recuperación del dinero invertido, es segura e inmediata, marco preciso para que esta modalidad de disfrute vacacional, con escaso arraigo en la sociedad española, pueda tener aceptación»—; la SAP León número 26/2003 de 27 de enero [JUR 2003, 115245] que acepta la resolución contractual reclamada por los adquirentes «dado que tal incumplimiento del compromiso de reventa lo es de una de las obligaciones esenciales del contrato concertado entre las partes, del que aquel indudablemente forma parte, y no meramente una obligación accesoria o complementaria, por cuanto, según resulta de la prueba practicada, tal obligación resultó decisiva para determinar a los compradores

a prestar su consentimiento» y la SAP Málaga número 526/2003 de 30 de junio [AC 2003, 1883] —«se comprometió a revender esta semana y la que poseía además el comprador en un complejo de Salou, aunque para ello utilizara a otra sociedad, sino que dicho compromiso fue esencial para el otorgamiento del contrato litigioso»— y número 215/2007 de 19 de abril [AC 2007, 2149].

Al margen de que la causa mayoritaria de resolución contractual sea el incumplimiento del deber de reventa —en aquellas Audiencias en las que la obligación es considerada esencial y como obligación de resultado—, encontramos jurisprudencia que estima la resolución contractual como remedio ante incumplimientos contractual por parte de la empresa vendedora. De este modo, la falta de inclusión de unos mínimos en el contrato sin tener que acudir a los anexos del contrato —*vid.* SAP Cantabria núm. 196/2004 de 24 de mayo [AC 2004, 869]—, la falta de cumplimiento de reserva del periodo vacacional acordado —SAP Sevilla núm. 32/2003 de 20 de enero [AC 2003, 1270]—, la falta de descripción precisa del edificio, situación y el alojamiento sobre el que recae el derecho —SAP Málaga núm. 1200/2005 de 17 de noviembre [JUR 2006, 136256]—, el incumplimiento de disfrute durante el periodo de prueba del contrato de los servicios que se les ofrecía —*vid.* SAP Madrid núm. 36/2014 de 7 de febrero [AC 2014, 94]—, o la indefinición del periodo de disfrute concertado unido a la falta de concreción de una posterior reventa —*vid.* SAP León núm. 26/2003 de 27 de enero [JUR 2003, 115245]—, determinan la resolución contractual.

Por lo demás, la única previsión expresa contenida en la LAPT sobre la posible resolución contractual es la facultad otorgada al propietario en el artículo 32. El propietario podrá resolver el contrato atendiendo a la falta de pago por parte del adquirente del derecho de aprovechamiento por turno de las cuotas derivadas de los servicios prestados, siempre que: a) haya sido requerido y, transcurridos treinta días, no haya procedido al pago, y b) haya faltado al cumplimiento del pago durante, al menos, un año (art. 32.1 LAPT).

La posibilidad de resolver el contrato por parte del propietario queda condicionada a que este proceda a la consignación de la *parte proporcional del precio correspondiente al tiempo que le reste hasta su extinción*, sin perjuicio de las cláusulas penales que pudieran introducirse en el contrato en orden a que el adquirente pierda la posibilidad de percibir cantidad alguna —con la salvaguarda de la facultad moderadora reservada a los Tribunales—<sup>40</sup>.

#### b) Anulabilidad vs. nulidad contractual

En el análisis de las causas de anulabilidad contractual que podrían concurrir de conformidad con el artículo 1.301 del Código Civil, el *error* y *dolo* cabrían en el supuesto que analizamos. Ante la demanda presentada por el adquirente en la que instara la anulación del contrato celebrado, el Tribunal tendrá la difícil

misión de determinar la existencia de alguna causa provocada intencionadamente por el empresario que viciara el consentimiento de aquel.

En este sentido, la causa que con mayor frecuencia han tenido la oportunidad de analizar los tribunales es aquella que estima la falta de lealtad y buena fe del empresario mediante el empleo de prácticas publicitarias agresivas a través de las cuales se engañe al consumidor con ofrecimiento de regalos, promesas o información falsa —*vid.* SSAP Vizcaya núm. 204/1999 de 12 de febrero [AC 1999, 617], Valladolid núm. 21/2004 de 29 de enero [AC 2004, 323], SAP Madrid núm. 504/2010 de 24 de noviembre [JUR 2011, 36572] y SAP Las Palmas núm. 571/2014 de 16 de diciembre [JUR 2015, 54585]—. En otros supuestos, sin embargo, los tribunales han estimado la falta de acreditación de tal engaño al consumidor ya sea por no haber hecho uso injustificadamente del periodo de reflexión ofrecido a través del derecho de desistimiento — *vid.* SSAP Vizcaya núm. 9/2001 de 5 de enero [AC 2001, 130], Valencia núm. 3/2002 de 11 de enero [AC 2002, 813], Barcelona 17 de mayo de 2002 [JUR 2002, 189432], Valencia núm. 500/2004 de 13 de septiembre [AC 2005, 57], Alicante núm. 394/2004 de 16 de septiembre [AC 2005, 93], Madrid núm. 17/2009 de 23 de enero [AC 2009, 705], Alicante núm. 28/2010 de 26 de enero [AC 2010, 856]— o por estimarse contrario a la doctrina de los actos propios —*vid.* SSAP Málaga núm. 509/1999 de 9 de julio [AC 1999, 1793], Las Palmas de 6 de julio de 1999 [AC 1999, 2123], Cantabria núm. 191/2000 de 20 de diciembre [JUR 2001, 131224], Málaga núm. 713/2001 de 7 de febrero [AC 2001, 2092]; Navarra núm. 271/2004 de 21 de diciembre [JUR 2005, 50495], Guadalajara núm. 57/2006 de 14 de marzo [JUR 2006, 141053], Madrid núm. 378/2015 de 11 de noviembre [AC 2015, 1792]—.

Respecto a la nulidad radical de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, la LAPT no hace más referencia que la sanción general establecida en el artículo 16 por la que se prohíbe la renuncia de derechos concedidos por la Ley como norma de carácter imperativo y los actos realizados en fraude de ley<sup>41</sup>. Ante esta escasa concreción, será necesario llevar a cabo un análisis jurisprudencial que nos indique cuáles son las causas que, en la práctica, provocan la declaración de nulidad radical del contrato por parte de los tribunales, puesto que el fraude de ley no necesariamente lleva aparejada la nulidad si atendemos al artículo 6.4 del Código Civil, como nos indica el artículo 16.2 LAPT<sup>42</sup>.

En este sentido, son diversos los incumplimientos por parte de los empresarios los que han provocado la declaración de *nulidad radical* del contrato de aprovechamiento por turno:

- la falta de respeto del límite temporal establecido por el artículo 1.6 Ley 42/1998 —actual artículo 24 LAP— en cincuenta años<sup>43</sup> —*vid.* SSTS núm. 774/2014 de 15 de enero [RJ 2015, 443], núm. 96/2016

- de 19 de febrero [RJ 2016, 922], núm. 533/2016 de 14 de septiembre [RJ 2016, 4830], núm. 567/2016 de 27 de septiembre [RJ 2016, 4454], núm. 637/2016 de 26 de octubre [RJ 2016, 4975] y núm. 645/2016 de 31 de octubre [RJ 2016, 5380]. Entre la jurisprudencia menor, SAP Islas Baleares núm. 207/2016 de 23 de junio [AC 2016, 1315], SAP Madrid núm. 457/2015 de 14 de diciembre [JUR 2016, 14362]— o falta de concreción del periodo en el que se desarrollará ese disfrute —*vid.* SAP Valencia núm. 300/2002 de 14 de mayo [JUR 2002, 277846] y SAP Málaga núm. 7/2007 de 15 de enero [AC 2007, 934]—;
- indeterminación del alojamiento sobre el que recae el aprovechamiento por turno y que será objeto del contrato —*vid.* SSTS de 15 de enero de 2015 [RJ 2015, 876], núm. 460/2015 de 8 de septiembre [RJ 2015, 4341], núm. 463/2016 de 7 de julio [RJ 2016, 2893], núm. 685/2016 de 21 de noviembre [RJ 2016, 6412]. Entre la jurisprudencia menor, *vid.* SAP Castellón núm. 119/2002 de 15 de abril [JUR 2004, 730], SAP Madrid núm. 422/2013 de 11 de noviembre [AC 2013, 2140], SAP Las Palmas núm. 423/2015 de 16 de octubre [AC 2016, 46], SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 306/2015 de 18 de noviembre [AC 2016, 38], SAP Málaga núm. 580/2016 de 28 de octubre [AC 2017, 303]—;
  - relativamente frecuentes son los casos en los que los tribunales se encuentran con la necesidad de declarar la nulidad del contrato por la concurrencia de las dos causas previamente señaladas —*vid.* SSTS núm. 192/2016 de 29 de marzo [RJ 2016, 1545], núm. 531/2016 de 14 de septiembre [RJ 2016, 4110], núm. 627/2016 de 25 de octubre [RJ 2016, 4973], núm. 656/2016 de 10 de noviembre [RJ 2016, 5402] y núm. 662/2016 de 14 de noviembre [RJ 2016, 5404]—;
  - la falta de entrega del documento informativo con tiempo suficiente para su estudio y reflexión, impidiendo poder ejercitar el derecho de desistimiento en condiciones necesarias —*vid.* SSAP Jaén núm. 152/2006 de 20 de junio [JUR 2007, 26796], Vizcaya núm. 314/2011 de 29 de junio [AC 2011, 2051]—;
  - la redacción confusa y poco clara del contrato de aprovechamiento por turnos —*vid.* SAP Castellón núm. 167/2002 de 20 de mayo [AC 2002, 1065]—, o redacción de las condiciones de desistimiento y de resolución, en tamaño de letra prácticamente ilegible —*vid.* SAP Alicante núm. 35/2008 de 24 de enero [JUR 2008, 146983]—;
  - expresamente prohibido en el artículo 23.4 LAPT, el uso del término propiedad en el contrato de aprovechamiento por turno es sancionado con la nulidad contractual —*vid.* SAP Alicante núm. 545/2002 de 19 de septiembre [JUR 2002, 273072], Las Palmas de 4 de abril de 2007—.



3. DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SENTADA A PARTIR DE LA STS 16/2017, DE 16 DE ENERO

Por la relevancia que sus fundamentos han tenido en sentencias posteriores, la declaración de nulidad del contrato sometido a la deliberación del tribunal en la STS núm. 16/2017, de 16 de enero debe ser objeto de análisis.

A esta le han seguido una serie de sentencias a lo largo del año 2017 que, de manera muy similar y salvando las distancias que el análisis de los hechos concretos impone, entran a valorar y reconocer las cuestiones clave de aquella. En este sentido, la totalidad de las sentencias dictadas a lo largo del año 2017 por el Tribunal Supremo reiteran su posición en cuanto a la condición de *consumidor* del adquirente en los contratos de aprovechamiento por turno, la estimación de los *sistemas club* como un tipo contractual englobable en el contrato de aprovechamiento por turno y objeto de protección por la Ley 42/1998, así como la *facultad moderadora* de los tribunales por la que reducirán la cuantía que el empresario habrá de entregar en restitución del precio en caso de declaración de nulidad contractual —*vid.* SSTS núm. 167/2017, de 20 de enero [RJ 2017, 347]; núm. 169/2017, de 20 de enero [RJ 2017, 360]; núm. 2842/2017, de 12 de julio [JUR 2017, 195043]; núm. 2850/2017, de 13 de julio [JUR 2017, 195109]; núm. 2849/2017, de 17 de julio [JUR 2017, 201118]—.

A) *Clubs de vacaciones: nulidad de la figura contractual bajo la Ley 42/1998*

El presente caso trae causa de la adhesión al sistema *club* por el que los adherentes podrían disfrutar de periodos vacacionales anuales en el circuito de complejos turísticos que forman parte del *club*, como titulares de un derecho garantizado por la figura del *trustee*<sup>44</sup>. Además, unido a este derecho de ocupación y disfrute garantizado en un periodo determinado, los adquirentes del caso analizado llevaron a cabo la contratación de un derecho de reventa por el que «*se designa a una empresa como representante para vender la adhesión*» —sin aclarar, por otra parte, la obligación a aportar un resultado final—.

Como nos relata la sentencia del Tribunal Supremo, la adherente realizó un abono inicial por importe de 6640 £ y, antes de que transcurriera el mes desde la firma del contrato, el precio total de 26.640 £. Además, se obliga al pago anual de 1000 £ durante los 49 años en los que el contrato estará en vigor.

Pasados casi cuatro años desde la firma del contrato —el 29 de enero de 2008 se procedió a la firma del contrato—, el 21 de noviembre de 2011 se planteó la demanda en ejercicio de la acción de nulidad sobre la base del artículo 1.7 de la Ley 42/1998 y, subsidiariamente, la resolución contractual, por no ajustarse el contrato celebrado a los predicados de las normas imperativas contenidas en

la citada Ley —en concreto, la falta de constitución del inmueble en régimen de aprovechamiento por turno—.

Así las cosas, y al margen de lo ya descrito acerca de la consideración del adherente como consumidor<sup>45</sup>, el Tribunal Supremo declara la nulidad del referido contrato sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1.7 de la Ley 42/1998. En este sentido, se considera que el referido contrato ejemplifica un contrato de aprovechamiento por turno de un bien inmueble en atención a lo previsto en los artículos 1.5 y 1.7 de la Ley. Siendo un contrato que, en definitiva, permite disfrutar a sus adherentes de un alojamiento turístico que forma parte del *club* en un periodo concreto, durante unas anualidades determinadas, con derecho a prestación de servicios complementarios y viniendo obligados al pago de cuotas periódicas, el contenido contractual habrá de sujetarse imperativamente a la normativa nacional. La elusión de este sometimiento solo podría producirse si el contrato no quedara sometido al ámbito de aplicación de la Ley.

Contrario a esta conclusión se muestra el magistrado SALAS CARCELLER, quien estima que las pruebas demuestran que el contrato habría de ser considerado un contrato de adquisición de productos vacacionales de larga duración y no un contrato de aprovechamiento por turno. Y su estimación habría tenido una importante repercusión: para la adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio la Ley 42/1998 no determina una sanción de nulidad particular, debiendo recurrir a las reglas generales de los artículos 1300 del Código Civil y siguientes.

En cualquier caso, nos gustaría poder cerrar este epígrafe reflexionando acerca de cuál habría sido la consecuencia legal de una demanda planteada en el mismo sentido bajo la regulación de la actual LAPT:

- si estimáramos la existencia de una relación contractual de naturaleza real la que vincula al adherente en el contrato *club*, la solución es clara: se declarararía la nulidad bajo la misma premisa que la contenida en la Ley 42/1998, sobre la base de los apartados 6 y 7 del artículo 23 LAPT;
- sin embargo, de estimar la naturaleza personal u obligacional —y no real— del contrato por el cual el adherente suscribe la vinculación con un sistema *club* para disponer de los derechos de utilización de los alojamientos adheridos a este, el contrato podría entrar en nuestro tráfico jurídico con plena validez en virtud del artículo 23.8 de la LAPT. Su admisión sería posible si el contrato se constituyera al amparo y respetando el contenido de las normas de la UE y, en particular, del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) y en los convenios internacionales en que España sea parte.

## B) Efectos derivados de la declaración de nulidad contractual

La virtud de la declaración de nulidad contractual se fundamenta en dejar sin efectos lo actuado bajo la vigencia del contrato, procediéndose a la *restitución recíproca de las cosas que hubieran sido materia del contrato* (art. 1.303 del Código Civil).

*A priori* parece que el cumplimiento de esta consecuencia se daría con la devolución de la totalidad de las cosas —con sus frutos— y el precio —con sus intereses— entregados por razón del contrato. No obstante, la *restitución recíproca de las cosas* queda condicionada por la jurisprudencia a «*la finalidad de conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador*»—*vid.* SSTS núm. 762/2006 de 12 de julio [RJ 2006, 8444], núm. 791/2000 de 26 de julio [RJ 2000, 9177], entre otras—.

Esta interpretación obliga a los tribunales a llevar a cabo la tarea por la que modelar las prestaciones que las partes estarán obligadas a entregarse recíprocamente. Por lo que respecta a la nulidad del contrato que nos ocupa, la jurisprudencia ha optado por la reducción proporcional de las rentas o contraprestaciones que el adquirente habrá de devolver conforme al tiempo de disfrute que, efectivamente, se haya producido y teniendo en cuenta la condición de contrato de tracto sucesivo —*vid.* FD Sexto STS núm. 2850/2017 de 13 de julio [JUR 2017, 195109]—. El Tribunal Supremo ha sentado las bases para llevar a cabo una interpretación y aplicación del artículo 1.7 de la Ley 42/1998 —que establece, expresamente, la devolución *al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas*— de conformidad con las previsiones del artículo 3 del Código Civil en atención a su «*espíritu y finalidad*» en tanto que «*se trata de dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato —normalmente de adhesión— que no cumple con las prescripciones legales*», pero no en esta extensión a quien haya disfrutado del bien de alguna manera —*vid.* entre las últimas sentencias más relevantes: SSTS núm. 192/20016 de 29 de marzo [RJ 2016, 1545], núm. 533/2016 de 14 de septiembre [RJ 2016, 4830], núm. 631/2016 de 25 de octubre [RJ 2016, 5356], núm. 633/2016 de 25 de octubre [RJ 2016, 5361], núm. 637/2016 de 26 de octubre [RJ 2016, 4975], núm. 645/2016 de 31 de octubre [RJ 2016, 5380], núm. 685/2016 de 21 de noviembre [RJ 2016, 6412], núm. 37/2017 de 20 de enero [RJ 2017, 347], núm. 38/2017 de 20 de enero [RJ 2017, 360], núm. 438/2017 de 12 de julio [JUR 2017, 195043], núm. 449/2017 de 13 de julio [JUR 2017, 195109], núm. 454/2017 de 17 de julio [JUR 2017, 201118]—.

Por otra parte, al igual que lo señalado en relación al ejercicio del derecho de desistimiento, la extinción de los contratos de financiación vinculados al contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles también es consecuencia de la declaración de nulidad del contrato de aprovechamiento por

turno —*vid.* STS núm. 776/2014, de 28 de abril [RJ 2015, 1553]—<sup>46</sup>, con independencia de que existiera o no acuerdo en régimen de exclusividad con la empresa transmitente<sup>47</sup>, ya que *desconociendo qué se compraba, en idéntica medida se desconocía qué se financiaba*<sup>48</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

La protección al adquirente en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico viene marcada por la normativa proteccionista del consumidor impulsada desde la Unión Europea a través de la Directiva 2008/122/CE y traspuesta en la legislación española por la LAPT de 2012 en la materia que nos ocupa. Son varias las conclusiones a las que podemos llegar a través del análisis legislativo y jurisprudencial realizado:

I. Los tribunales tienen en sus manos la difícil tarea de interpretar el alcance de estas normas, sin perder de vista el espíritu de las mismas y la necesidad de encontrar una solución que sea justa para todas las partes. Esta es la razón por la que al consumidor le amparan una sucesión de acciones puramente civiles adaptadas, por obra del desarrollo legal y, especialmente, jurisprudencial, a la especialidad de la materia. En gran número de ocasiones, los tribunales han tenido que enfrentarse a la resolución de controversias en las que los adquirentes planteaban la nulidad radical de los contratos concertados. Ello ha propiciado el desarrollo de una *doctrina jurisprudencial* consolidada en el Tribunal Supremo por la que se fijarán las causas que permiten determinar esta nulidad radical y sus efectos limitando, en gran medida, la disparidad de criterios habitual de las Audiencias Provinciales. La STS 16/2017, de 16 de enero, de manera contundente, sienta las bases de resoluciones judiciales posteriores y arroja claridad en varias cuestiones de gran importancia en la materia.

II. A pesar de alguna voz discordante, el adquirente en el contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico no perderá la condición de *consumidor* aunque haya contratado movido por un ánimo de lucro derivado del ejercicio del derecho de reventa por la falta de habitualidad en la realización de este tipo de contrataciones. No siendo planteado por el tribunal entendemos que, incluso aunque esa pérdida de la condición de consumidor se produjera, ello no impide considerar al adquirente la parte más débil en la contratación, merecedora de una especial protección dispensada por gran número de ordenamientos jurídicos de los países en los que esta figura ha tenido un gran florecimiento.

III. Los sistemas *club* se aceptan como tipología «*sui géneris*» del contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. El problema que se plantea con su consideración radica en la necesidad de determinar la naturaleza real u obligacional de la relación contractual en los sistemas *club*.

De conformidad con lo previsto en la LAPT, sería posible la configuración de nuevas relaciones contractuales de naturaleza obligacional, a modo de subtipo de adquisición de productos vacacionales de larga duración. En caso de ser considerado un contrato de naturaleza real, este habrá de cumplir con lo previsto en la legislación sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, cuyo incumplimiento vendrá sancionado con la nulidad.

IV. La *nulidad* de estos contratos supone la restitución recíproca del precio y el bien entregado, debiendo ser reducido del precio la parte proporcional al tiempo de disfrute transcurrido, estimándose tiempo de disfrute el transcurrido desde la celebración del contrato hasta la presentación de la demanda. Podría concluirse que se trata de una suerte de nulidad parcial puesto que, de otro modo, se tendrían que restituir íntegramente las prestaciones como establece el artículo 1303 del Código Civil, a pesar de que el Tribunal Supremo intente ocultarla bajo la *facultad moderadora* otorgada a estos con la intención de crear los menores perjuicios a las partes ante la declaración de una nulidad contractual. En definitiva, con la clara intención de procurar la satisfacción de una resolución judicial *justa*.

## V. JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 10 de abril de 2008
- STJUE de 25 de octubre de 2005

### TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 17 de julio de 2017
- STS de 13 de julio de 2017
- STS de 12 de julio de 2017
- SSTS de 20 de enero de 2017
- STS de 16 de enero de 2017
- STS de 21 de noviembre de 2016
- STS de 14 de noviembre de 2016
- STS de 10 de noviembre de 2016
- STS de 31 de octubre de 2016
- STS de 26 de octubre de 2016
- STS de 25 de octubre de 2016
- STS de 27 de septiembre de 2016
- STS de 14 de septiembre de 2016

- STS de 7 de julio de 2016
- STS de 29 de marzo de 2016
- STS de 19 de febrero de 2016
- STS de 8 de septiembre de 2015
- STS de 27 de julio de 2015
- STS de 15 de enero de 2015
- STS de 28 de abril de 2014
- STS de 15 de enero de 2014
- STS de 18 de noviembre de 2013
- STS de 12 de julio de 2006
- STS de 26 de julio de 2000

#### AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP Alicante de 26 de enero de 2010
- SAP Alicante de 24 de enero de 2008
- SAP Alicante de 16 de septiembre de 2004
- SAP Alicante de 19 de septiembre de 2002
- SAP Barcelona de 2 de febrero de 2017
- SAP Barcelona de 29 de mayo de 2012
- SAP Barcelona de 14 de noviembre de 2005
- SAP Barcelona 17 de mayo de 2002
- SAP Cantabria de 24 de mayo de 2004
- SAP Cantabria de 20 de diciembre de 2000
- SAP Castellón de 20 de mayo de 2002
- SAP Castellón de 15 de abril de 2002
- SAP Guadalajara de 14 de marzo de 2006
- SAP Islas Baleares de 23 de junio de 2016
- SAP Islas Baleares de 15 de mayo de 2006
- SAP Jaén de 20 de junio de 2006
- SAP León de 27 de enero de 2003
- SAP Las Palmas de 16 de octubre de 2015
- SAP Las Palmas de 16 de diciembre de 2014
- SAP Las Palmas de 4 de abril de 2007
- SAP Las Palmas de 6 de julio de 1999
- SAP Madrid de 14 de diciembre de 2015
- SAP Madrid de 11 de noviembre de 2015
- SAP Madrid de 7 de febrero de 2014
- SAP Madrid de 24 de noviembre de 2010
- SAP Madrid de 11 de noviembre de 2013
- SAP Madrid de 23 de enero de 2009

- SAP Málaga de 28 de octubre de 2016
- SAP Málaga de 19 de abril de 2007
- SAP Málaga de 15 de enero de 2007
- SAP Málaga de 26 de enero de 2006
- SAP Málaga de 17 de noviembre de 2005
- SAP Málaga de 30 de junio de 2003
- SAP Málaga de 7 de febrero de 2001
- SAP Málaga de 9 de julio de 1999
- SAP Navarra de 21 de diciembre de 2004
- SAP Santa Cruz de Tenerife de 18 de noviembre de 2015
- SAP Sevilla de 20 de enero de 2003
- SAP Valencia de 13 de septiembre de 2004
- SAP Valencia de 27 de enero de 2004
- SAP Valencia de 14 de mayo de 2002
- SAP Valencia de 11 de enero de 2002
- SAP Valladolid de 29 de enero de 2004
- STP Vizcaya de 29 de junio de 2011
- SAP Vizcaya de 5 de enero de 2001
- SAP Vizcaya de 12 de febrero de 1999

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- CALO, E., CORDA, T.A. (1984). *La multipropiedad*. Roma. Revista de Derecho Privado.
- CAPOTE PÉREZ, L.J. (2008). *El tiempo compartido en España. Un análisis de la fórmula club-trustee desde la perspectiva del derecho español*. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- CARRASCO PERERA, A. (2012). Tipos contractuales y modos de elusión en el sistema español de multipropiedad, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 3.
- CLEMENTE MEORO, M. (2010). *Derechos reales. Cuaderno V. Cuadernos prácticos Bolonia*. Madrid. Dykinson.
- CORRAL GARCÍA, E. (2010). La multipropiedad en España, 10 años después de la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno, en *Revista andaluza de Derecho de turismo*, núm. 3.
- COSTAS RODAL, L. (2013), Aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: principales novedades introducidas por la Ley 4/2012, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10.
- (2016) La prohibición del pago de anticipos en los contratos de aprovechamiento por turno en la reciente Jurisprudencia del TS, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2.
- (2017). Aprovechamiento por turno y clubs de vacaciones: nulidad de los contratos al amparo del artículo 1.7 de la Ley 42/1998. STS de 16 de enero de 2017, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3.
- DELGADO TRUYOLS, Á. (2017). Los condohoteles en España: una nueva fórmula de propiedad, en *El Notario del siglo XXI*, núm. 74.

- DÍEZ PICAZO, L. (1993). ¿Una nueva doctrina general del contrato?, *Anuario de Derecho Civil*.
- ESTANCONA PÉREZ, A.A. (2017). A vueltas con el enriquecimiento injusto en los contratos de reserva de alojamiento hotelero en régimen de contingente, en *Revista Derecho Patrimonial*, núm. 44.
- GARCÍA MÁS, F.J. (2010). Aprovechamiento por turno: evolución normativa y novedades de la Ley 4/2012. Especial referencia a la práctica notarial y registral. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 3.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2011). Acción de cesación, en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático TRLGDCU*. Madrid. Iustel.
- HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J.M. (1999). El Derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: cuestiones concretas que se plantean con la nueva normativa, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 54.
- MEZZASOMA, L. (2015). Disciplina del contrato, tutela del contratante más débil y valor constitucional. Trad. E. Vázquez de Castro, *Derecho privado y Constitución*, núm. 29.
- MUNAR BERNAT, P. A. (1991). *Regímenes jurídicos de multipropiedad en Derecho Comparado*. Madrid. Ministerio de Justicia.
- (2009). Estudio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio, en *Indret*. 4.
- PINO ABAD, M. (2016). Régimen jurídico de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico tras la entrada en vigor de la Ley 4/2012, de 6 de julio, en *International Journal of Scientific Management and Tourism*. Vol. 2.1.
- PORTELLANO DÍEZ, P. (2002). Artículo 12. Acciones de cesación, retractación y declarativa, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*. Madrid. Civitas.
- RALUCA STROIE, I. (2015). El TS declara la nulidad del contrato de financiación vinculado al contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14.
- RUBIO TORRANO, E. (2017). Derechos vacacionales sobre bienes inmuebles, legislación aplicable y condición de consumidor, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3.
- SÁNCHEZ GOYANES, E. (2007). Comentarios artículo 17, en *Ley del Suelo. Comentario sistemático Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*. Madrid. La Ley.
- TORRES LANA, J.A. (2007). *La multipropiedad*. Madrid. Iustel.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2002). *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*. Valencia. Tirant Lo Blanch.

## NOTAS

<sup>1</sup> RUBIO TORRANO, E. (2017). Derechos vacacionales sobre bienes inmuebles, legislación aplicable y condición de consumidor, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3.

<sup>2</sup> El principio de igualdad, en este sentido, ha de ser interpretado como aquella obligación impuesta a los poderes públicos para «remover los obstáculos de orden económico y social,



que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana». MEZZASOMA, L. (2015). Disciplina del contrato, tutela del contratante más débil y valor constitucional. Trad. E. Vázquez de Castro, *Derecho privado y Constitución*, núm. 29, 187-225.

<sup>3</sup> El carácter de destinatario final atribuible al consumidor era reconocido en el artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio de (aplicable al caso por tratarse de un contrato celebrado con anterioridad a la entrada en vigor del TRLGDCU) y en el Preámbulo III del TRLGDCU.

<sup>4</sup> Para un extenso análisis *iuscomparatista* sobre la legislación de los años ochenta, *vid.* MUNAR BERNAT, P.A., (1991). *Regímenes jurídicos de multipropiedad en Derecho Comparado*. Madrid. Ministerio de Justicia.

<sup>5</sup> Aun compartiendo la exclusión de la transmisión de la propiedad a los adquirentes, la Ley de 1998 restringía un sistema de derechos reales limitados, admitiendo una fórmula de derechos personales con base en el multiarrendamiento de temporada. COSTAS RODAL, L., (2017). Aprovechamiento por turno y clubs de vacaciones: nulidad de los contratos al amparo del artículo 1.7 de la Ley 42/1998. STS de 16 de enero de 2017, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3.

<sup>6</sup> GARCÍA MÁZ, F.J., (2010). Aprovechamiento por turno: evolución normativa y novedades de la Ley 4/2012. Especial referencia a la práctica notarial y registral. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 3.

<sup>7</sup> Como derecho real limitado, «el derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un periodo determinado cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios». CLEMENTE MEORO, M., (2010). *Derechos reales. Cuaderno V. Cuadernos prácticos Bolonia*. Dykinson. Madrid, 159.

<sup>8</sup> Al margen del debate abierto entre la doctrina italiana acerca de su consideración como derecho real atípico o como propiedad atípica —*vid.* CALO, E., CORDA, T.A., (1984). *La multipropiedad*. Revista de Derecho Privado. Roma, 76-80—, la resolución de 4 de marzo de 1993 de la Dirección General de los Registros y del Notariado [RJ 1993, 2471] deja sentada la base sobre la que fundamentar que nuestro ordenamiento jurídico configura el aprovechamiento por turno de bienes inmuebles como derecho real atípico objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, como uno de los fundamentos que permite afirmar que nuestro ordenamiento jurídico se rige por un sistema de *numerus apertus*.

<sup>9</sup> PINO ABAD, M., Régimen jurídico de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico tras la entrada en vigor de la Ley 4/2012, de 6 julio, en *International Journal of Scientific Management and Tourism*. Vol. 2. 1. 189-191.

<sup>10</sup> TORRES LANA, J.A., (2007) *La multipropiedad*. Iustel. Madrid, 67-68.

<sup>11</sup> CARRASCO PERERA, A., (2012). Tipos contractuales y modos de elusión en el sistema español de multipropiedad, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 3, 51-52.

<sup>12</sup> El *condohotel* puede ser descrito como «un establecimiento hotelero cuyas habitaciones o apartamentos pertenecen a diferentes propietarios, y en el que la gestión del hotel corre a cargo de una empresa hotelera, distribuyéndose el disfrute de cada habitación o apartamento entre su propietario y todas aquellas otras personas que suscriben un contrato de hospedaje típico con la empresa hotelera, repartándose los ingresos obtenidos por la explotación de cada unidad de alojamiento entre su propietario y el gestor hotelero en la proporción previamente acordada». DELGADO TRUYOLS, Á., (2017). Los condohoteles en España: una nueva fórmula de propiedad, en *El Notario del siglo XXI*, núm. 74.

<sup>13</sup> MUNAR BERNAT, P. (2009). Estudio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, adquisición de productor vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio, en *Indret*. 4, 20-21.

<sup>14</sup> Como ejemplo de contrato de intercambio, MUNAR BERNAT describe el caso en el que se ofrece al consumidor un «*periodo inicial gratuito o la cuota correspondiente a ese primer periodo es abonada por un tercero, por ejemplo, el comerciante que vende el derecho de aprovechamiento por turno*», *vid.* (2009). Estudio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, adquisición de productor vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio, en *Indret*. 4, 23. Entendemos que esta estimación radica en la imposibilidad de ofrecer al empresario la opción de «escapar» de la protección otorgada al consumidor en la contratación de esta modalidad escudándose en el otorgamiento de un primer periodo gratuito.

<sup>15</sup> Por ello, se permiten fórmulas alternativas como *derechos a tiempo compartido, derechos de utilización periódica, time-sharing, etc.* COSTAS RODAL, L., (2013). Aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: principales novedades introducidas por la Ley 4/2012, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10.

<sup>16</sup> En palabras del TJUE, por «soporte duradero» debemos entender aquel que «*garantice al consumidor, al igual que el soporte papel, la posesión de la información requerida para que, en caso necesario, pueda ejercitar sus derechos. Es pertinente, a este respecto, la posibilidad para el consumidor de almacenar la información dirigida personalmente a él, la garantía de que no se ha alterado el contenido de la información, la accesibilidad a esta por un periodo de tiempo adecuado y la posibilidad de reproducirla sin cambios*» (STJUE de 25 de enero de 2017 [asunto C-375/15]).

<sup>17</sup> Al pasar a formar parte integrante del contrato, queda prohibida la modificación unilateral de las condiciones por parte del empresario —debiendo existir, para ello, un pacto expreso con el consumidor o debido a circunstancias sobrevenidas inevitables y ajenas a la voluntad del empresario y, en todo caso, siempre de manera previa a la firma del contrato—. MUNAR BERNAT, P., (2009). Estudio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, adquisición de productor vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio, en *Indret*. 4, 26-27.

<sup>18</sup> En descripción del contenido mínimo que habrá de incluir el formulario de información, son destacados por la autora los siguientes puntos: 1) identidad y domicilio y estatuto jurídico del comerciante; 2) descripción del producto; 3) naturaleza y contenido exacto del derecho; 4) periodo exacto durante el que ejercer el derecho objeto del contrato y su duración; 5) fecha a partir de la cual el consumidor podrá ejercer el derecho objeto del contrato; 6) precio a pagar por la adquisición del derecho, costes obligatorios adicionales, tipo de costes e importes; 7) resumen de servicios y el importe a pagar por ellos; 8) instalaciones de uso común que podrán ser utilizadas por el adquirente; 9) posible participación en un sistema de intercambio y, en su caso, la identificación —nombre, denominación o razón social— del tercero y de los costes de la adhesión a este sistema; 10) información al consumidor de los códigos de conducta a los que el empresario se hubiera adherido, en su caso; 11) obligación del empresario de informar al consumidor sobre el derecho de desistimiento y el plazo de ejercicio; 12) obligación del empresario de informar al consumidor sobre la prohibición del pago de anticipos en ese plazo; 13) obligación de informar sobre la ineficacia de los contratos accesorios en caso de ejercitar el derecho de desistimiento; 14) posible participación en un sistema de reventa y sus posibles coste adicionales; 15) información acerca de los medios de resolución alternativa de conflictos; 16) información acerca del idioma en el que el consumidor puede dirigirse al comerciante. COSTAS RODAL, L., (2013). Aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: principales novedades introducidas por la Ley 4/2012, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10.

<sup>19</sup> El precepto no establece mención alguna acerca de la condición del adquirente en tanto solo se refiere expresamente al «contrato celebrado por». Si interpretamos desde el punto de vista del adquirente de los derechos —y no el vendedor—, el precepto tiene por objeto com-

pletar el contenido mínimo contractual fijado en el artículo 11 LAPT, no solo para aquellas adquisiciones realizadas por consumidores, sino para todos aquellos contratos en los que el adquirente carezca de esa condición, —se refiere expresamente a la actuación «en el marco de su actividad profesional» de la persona física o jurídica—.

<sup>20</sup> No parece correcta la distinción realizada por COSTAS RODAL entre los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y los contratos relativos a derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. A pesar de que la redacción textual del artículo 30 LAPT omite mención alguna al uso turístico de los bienes inmuebles, no debemos olvidar que el precepto se encuentra bajo el Título II de la norma relativo a *Normas especiales sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico*. Y si quisiéramos fundamentar esta división sobre las bases del artículo 11 LAPT, la redacción del precepto nos limita esta posibilidad en tanto el apartado primero hace mención expresa a los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico.

<sup>21</sup> Esta exigencia, no obstante, no queda reservada de manera exclusiva para los contratos celebrados con consumidores si atendemos a lo dispuesto en los artículos 23.5, 29.2 y 30.1 LAPT. Vid. COSTAS RODAL, L., (2013). Aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: principales novedades introducidas por la Ley 4/2012, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10.

<sup>22</sup> La no incorporación al contrato de las condiciones generales que *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—* es una máxima contenida en el artículo 7 Ley 7/1998, de 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación. De esta manera, puede afirmarse que *«nuestro legislador no se contenta con una oportunidad de conocer la existencia de las condiciones generales, sino que impone al predisponente el deber de «hablar claro», haciendo recaer sobre el mismo el riesgo de la oscuridad»*. GONZALEZ PACANOWSKA, I., (2000). Comentario artículo 7, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Aranzadi. Elcano, 239.

<sup>23</sup> La prohibición del pago de anticipos propicia que exista una fácil desvinculación del consumidor con el contrato, haciendo que sienta la seguridad y certeza de que no perderá nada si decide desistir de su relación contractual. COSTAS RODAL, L., (2016). La prohibición del pago de anticipos en los contratos de aprovechamiento por turno en la reciente Jurisprudencia del TS, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2.

<sup>24</sup> Salvando los posibles solapamientos con el artículo 11 LAPT, el artículo 30 LAPT enumera las previsiones contractuales mínimas: 1) datos de la escritura reguladora del régimen —día de otorgamiento, notario, número de protocolo y datos de inscripción registral—, 2) naturaleza real o personal del derecho transmitido y la fecha de extinción, 3) identificación del inmueble —referencia catastral, descripción del edificio, situación y alojamiento sobre el que recae el derecho— y turno objeto del contrato —días y horas en que inicia y termina—, 4) obra concluida o en construcción, 5) precio a pagar por el adquirente y las anualidades a pagar a la empresa de servicio o al propietario, impuestos, honorarios notariales y registrales, 6) servicios e instalaciones comunes a disfrutar por el adquirente, 7) existencia o no de servicios de intercambio, 8) nombre o razón social y domicilio de todas las partes intervinientes en el contrato, 9) duración del régimen, escritura reguladora y fecha de su inscripción, 10) derechos que asisten al adquirente —comprobar titularidad y cargas de inmueble al registrador competente, exigir otorgamiento de escritura pública e inscribir la adquisición en el Registro de la Propiedad—, 11) domicilio o dirección electrónica para requerimientos y notificaciones de las partes, 12) lugar y firma del contrato y 13) existencia o no de derecho a participar en un sistema de cesión a terceros.

<sup>25</sup> El aprovechamiento por turno es una de las realidades que, sin constituir finca en sentido material, acceden al Registro de la Propiedad en tanto se insta la apertura de un folio independiente al turno. SÁNCHEZ GOYANES, E., (2007). Comentario artículo 17, en *Ley del Suelo. Comentario sistemático Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*. La Ley. Madrid, 546.

<sup>26</sup> Los artículos 68 y sigs. TRLGDCU articula una reglamentación general del derecho de desistimiento ejercitable por el consumidor, bien sea por su previsión legal o reglamentaria, por otorgarlo el empresario —en la oferta o publicidad— o bien por ser contemplado contractualmente. De este modo, el artículo 68 TRLGDCU marca la base sobre la innecesidad de acreditar causa alguna que justifique la decisión de desistir del contrato.

<sup>27</sup> Ese arrepentimiento es justificable atendiendo a «las prácticas comerciales, existentes en estos campos, especialmente agresivas, que colocan a los consumidores ante presiones de las que resulta difícil escapar y es frecuente que para poner término a la presión concluyan un contrato que en realidad no deseaban», *vid.* DIEZ PICAZO, L., ¿Una nueva doctrina general del contrato?, *Anuario de Derecho Civil*. 1993, 1715. En el mismo sentido, el derecho se justifica «por un lado, en la nula intervención del consumidor en la redacción del contenido contractual, predisposto por el empresario o comerciante que le suministra un producto o le proporciona un servicio, hecho gravado por la situación de falta de madurez con que se toma la decisión de aceptar la oferta efectuada por dichos sujetos, encauzada muchas veces a través de técnicas publicitarias que provocan una respuesta casi inmediata, de la que posteriormente el consumidor se arrepiente». CORRAL GARCÍA, E., (2010). La multipropiedad en España, 10 años después de la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno, en *Revista andaluza de Derecho de Turismo*, número 3, 18.

<sup>28</sup> Siendo el plazo de diez días establecido por el artículo 5 de la Directiva 94/47/CE demasiado breve en el que el consumidor no disponía de un periodo de reflexión que le permitiera analizar y valorar la adecuación del contrato a sus necesidades o voluntad, la Directiva 2008/122/CE amplió ese plazo a catorce días, igualando el plazo establecido en el artículo 9 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

<sup>29</sup> *Vid. infra*. III.b.iii.1.

<sup>30</sup> En aplicación analógica del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento contenido en el artículo 12.2.c) LAPT, la autora estima posible el ejercicio en los siguientes supuestos: 1) infracción de los requisitos de forma y contenido del contrato del artículo 11; 2) infracción del contenido contractual impuesto por el artículo 30; 3) falta de la firma del consumidor de las cláusulas de desistimiento, de prohibición de pago de anticipos y las información precontractual, así como la alteración unilateral por parte del empresario de esta información; 4) incumplimientos relacionados con la lengua de redacción de los documentos; y 5) la transmisión de los derechos bajo el término multipropiedad o cualquier otro término que contenga la palabra propiedad. COSTAS RODAL, L., (2013). Aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: principales novedades introducidas por la Ley 4/2012, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10.

<sup>31</sup> Resulta llamativo que, además de la imposición de la sanción civil máxima —la nulidad—, la LAPT permite que vaya acompañada de la entrega, por parte del empresario, de una cuantía económica que corresponderá al duplo de la entregada por el adquirente previamente. La entrega de esta cuantía debe ser estimada a modo «indemnización» a la que el adquirente tendrá derecho como resarcimiento por los perjuicios causados al haber sido obligado al pago de anticipos siendo esto contrario a la norma imperativa contenida en la LAPT.

<sup>32</sup> A diferencia de la nueva previsión, la Ley 42/1998 no contenía referencia expresa al modo en el que debía llevarse a cabo la notificación pudiendo realizarse *por cualquier medio que garantice la constancia de la comunicación y de su recepción, así como la fecha de su envío*. Además, tratándose de un contrato elevado a escritura pública, permitía —no obligaba— que el desistimiento se hiciera *constar en acta notarial* a efectos de la consiguiente reinscripción favorable al transmitente (art. 10.3 Ley 42/1998).

<sup>33</sup> Una muestra más de la especial protección otorgada al consumidor radica en la ruptura con el sistema romano por el que sería el comprador quien asumiría el riesgo de pérdida del bien. El TRLGDCU nos lleva a estimar que será el empresario el que ha de asumir el riesgo de pérdida o deterioro del bien —siempre que no exista dolo o culpa del comprador— mientras siga vigente el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento. GALLEGU

DOMÍNGUEZ, I., (2011). Derecho de desistimiento, en *La defensa de los Consumidores y Usuarios*. Iustel. Madrid.

<sup>34</sup> Destaca la SAP Pontevedra número 596/2011 de 30 de junio [AC 2011, 2059] rechazando, sobre la base de la Ley 42/1998, «que aun la declaración de nulidad del contrato de aprovechamiento por turnos, no puede predicarse lo mismo del préstamo, sobre todo cuando las consecuencias de la nulidad no están prevista en el artículo 12 de la Ley, sino solo el desistimiento y la resolución conforme al artículo 10 tantas veces citado, además la nulidad de aquel no lleva ínsita la del préstamo puesto que el vicio puede concurrir en un contrato y no en otro».

<sup>35</sup> A modo de ejemplo, tenemos el ejercicio de la acción en cuanto se produzca una vulneración sobre derechos de los consumidores en normas de etiquetado, información, seguridad, salud o en normas relativas a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos. GASCÓN INCHAUSTI, F., (2011). Acción de cesación, en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático TRLGDCU*. Iustel, 891.

<sup>36</sup> Vid., GASCÓN INCHAUSTI, F., (2011) Acción de cesación, en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentarios sistemático TRLGDCU*. Iustel, 911.

<sup>37</sup> La oposición al Derecho ha de ser analizada de manera individual en cada cláusula contractual específica —interpretando de manera objetiva conforme al tenor literal, sentido, finalidad de la cláusula y tipo contractual, obviando los acuerdos individuales, personales o representaciones mentales de las partes—, para lograr eliminar del tráfico todas las cláusulas contrarias a la Ley. PORTELLANO DIEZ, P., (2002). Artículo 12. Acciones de cesación, retractación y declarativa, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*. Civitas, 575 y siguientes.

<sup>38</sup> De este modo, el Preámbulo de la LAPT explica con claridad el motivo de esta decisión: «No se trata de dos derechos de naturaleza diferente, sino única; y solo varía en ambos supuestos el cómputo de los plazos de ejercicio del derecho. Con ello se asume el criterio de la Directiva 2008/122/CE que en sus versiones francesa e inglesa utiliza los términos “se retractar” y “withdraw”, respectivamente. Y acaba con el dualismo de la Directiva 1994/47/CE que utilizaba dichos términos para el desistimiento “ad nutum”, cuando el empresario facilitó correctamente la información; utilizando, sin embargo, para los supuestos de falta o incorrecta información precontractual los términos “résiliation” y “cancelation”, en francés e inglés respectivamente. Con este tratamiento unitario se acaba con la confusión suscitada por la traducción española de la Directiva 1994/47/CE que había utilizado la palabra “resolución”, lo que se trasladó a la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que aplicó el sistema dual de “desistimiento” para los casos de información correcta y “resolución” para los de falta o incorrecta información precontractual».

<sup>39</sup> CORRAL GARCÍA, E., (2010). La multipropiedad en España, 10 años después de la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno, en *Revista andaluza de Derecho del Turismo*. Núm. 3, 28-31.

<sup>40</sup> ESTANCONA PÉREZ, A.A., (2017). A vueltas con el enriquecimiento injusto en los contratos de reserva de alojamiento hotelero en régimen de contingente, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 44.

<sup>41</sup> Se elimina la previsión contenida en el artículo 10.2 de la Ley de 1998 por la que se introducía una causa de nulidad del contrato derivada de la «falta de veracidad en la información». A pesar de ser denominada por la ley como acción de nulidad, se propuso una relectura de la misma hacia la consideración como acción de anulación del contrato exigiendo la concurrencia y prueba de vicios de la voluntad para que la acción prospere. TORRES LANA, J.A., (2007) *La multipropiedad*. Iustel. Madrid, 93-94.

<sup>42</sup> La regla ha tratado de evitar la ardua tarea interpretativa que deriva del artículo 6.3 del Código Civil por la que, evitando la interpretación literal, habría que atender a la finalidad de la norma para determinar qué sanción es acorde a esos fines fijados por el legislador. VÁZQUEZ DE CASTRO, E., (2002). *Ilícitud contractual. Supuestos y efectos*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 312-313. No obstante, resulta confusa la redacción del precepto en tanto que parece

querer sancionar con nulidad radical el fraude de ley pero, a la vez, nos remite al artículo 6 del Código Civil en el que se permite una solución radicalmente distinta.

<sup>43</sup> Con las críticas que, sobre la base de la evolución legislativa pueden plantearse, la existencia de un plazo que limite la extensión del aprovechamiento por turno ha permitido afirmar a la doctrina italiana que la perpetuidad no puede ser entendida como carácter esencial de propiedad, bajo la premisa de la existencia de propiedades temporales, *vid.* CALO, E., CORDA, T.A., (1984) *La multipropiedad*. Revista de Derecho Privado. Roma, 89.

<sup>44</sup> Uno de los mayores problemas interpretativos relativos a estos sistemas de *club* es el referido a su consideración como derecho real o personal. Es posible defender que el adquirente o adherente en el sistema club es titular de un derecho personal por el que adquiere la posibilidad de utilizar un *sistema de reservas*, a través de la satisfacción —además del montante inicial— un sistema de cuotas anuales en *concepto de gastos de conservación y custodia* del inmueble. COSTAS RODAL, L., (2017). Aprovechamiento por turno y clubs de vacaciones: nulidad de los contratos al amparo del artículo 1.7 de la Ley 42/1998. STS de 16 de enero de 2017, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 3 y HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J.M., (1999). El Derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: cuestiones concretas que se plantean con la nueva normativa, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 54, 3119. No obstante, lo cierto es que el sistema *club* se configura de manera muy similar y casi equiparable a un *trust* derivado de la relación entre el *equitable owner, trustee* y *settlor* bajo la figura *club-trustee*. CAPOTE PÉREZ, L.J., (2008) *El tiempo compartido en España. Un análisis de la fórmula club-trustee desde la perspectiva del derecho español*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 252-255.

<sup>45</sup> *Vid. supra*. epígrafe II.a.

<sup>46</sup> El Alto Tribunal tuvo por objeto resolver la interpretación de los artículos 10 y 12 Ley 42/1998 en relación con el artículo 15 Ley 7/1995 de Crédito al Consumo. Su resolución rechaza una interpretación literal de la norma que llevaría al absurdo de declarar la ineficacia del contrato de préstamo para los casos de desistimiento y resolución del contrato principal, y no por su declaración de nulidad. RALUCA STROIE, I., (2015). El TS declara la nulidad del contrato de financiación vinculado al contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14.

<sup>47</sup> La entidad financiera no se podrá negar, sobre la base de lo dispuesto claramente en el artículo 15 de la Directiva 2008, 48, CE, a devolver lo aportado por el adquirente del derecho de aprovechamiento por turno en caso de que se declare la ineficacia de ese contrato principal. CORRAL GARCÍA, E., (2010). La multipropiedad en España, 10 años después de la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno, en *Revista andaluza de Derecho del Turismo*, núm. 3, 28-31.

<sup>48</sup> MUNAR BERNAT, P., (2009). Estudio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio, en *Indret*. 4.

*(Trabajo recibido el 17-9-2017 y aceptado  
para su publicación el 8-11-2017)*



Las obras de accesibilidad universal en  
los inmuebles en el Derecho privado  
español (estudio especial  
de la propiedad horizontal)

*The works of universal accessibility  
in real estate in Spanish private  
law (special study of the horizontal  
property)*

por

CARLOS GÓMEZ DE LA ESCALERA  
*Profesor Titular de Derecho civil  
Universidad Carlos III de Madrid  
Exletrado del Tribunal Constitucional  
Abogado*

*RESUMEN:* Las obras de accesibilidad universal constituyen un instrumento esencial para lograr la plena vigencia del paradigma de la vida independiente de las personas con discapacidad, asegurando que puedan acceder a sus viviendas y utilizar los edificios y sus servicios e instalaciones en igualdad de condiciones que las demás personas. En este estudio, tras el examen de las normas de carácter público que regulan la accesibilidad universal, se estudian las normas que en el Derecho privado español regulan los derechos y obligaciones que permiten garantizar la ejecución de las obras de accesibilidad en los edificios.



**ABSTRACT:** *Universal accessibility works are an essential instrument for achieving the full validity of the independent living paradigm of people with disabilities, ensuring that they can access their homes and use the buildings and their services and facilities on equal terms with other people. In this study, after examining the public standards that regulate universal accessibility, we study the rules that in Spanish private law regulate the rights and obligations that guarantee the execution of works of accessibility in buildings.*

**PALABRAS CLAVE:** Discapacidad. Accesibilidad universal. Ajustes razonables. Barreras arquitectónicas. Vida independiente. Propiedad horizontal.

**KEY WORDS:** *Disability. Accesibility universal. Reasonable adjustments. Architectural barriers. Independent living. Horizontal property.*

**SUMARIO:** I. EL MARCO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LA DISCAPACIDAD.—II. LA NUEVA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA DISCAPACIDAD: 1. EL PARADIGMA DE LA EXCLUSIÓN SOCIAL. 2. EL PARADIGMA DE LA REHABILITACIÓN. 3. EL PARADIGMA DE LA VIDA INDEPENDIENTE.—III. LAS OBRAS DE ACCESIBILIDAD UNIVERSAL EN LOS INMUEBLES EN LEYES DISTINTAS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL: 1. LA LEGISLACIÓN SOBRE LAS CONDICIONES DE ACCESIBILIDAD UNIVERSAL. 2. LAS OBRAS DE ACCESIBILIDAD EN LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. 3. LAS OBRAS DE ACCESIBILIDAD EN LA LEY 49/2003, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS. 4. LEY 15/1995, DE 30 DE MAYO, SOBRE LÍMITES DEL DOMINIO SOBRE INMUEBLES PARA ELIMINAR BARRERAS ARQUITECTÓNICAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—IV. LAS OBRAS DE ACCESIBILIDAD UNIVERSAL EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL: 1. LAS OBRAS DE ACCESIBILIDAD MENORES U OBLIGATORIAS: A) *El concepto legal de obras de accesibilidad obligatorias.* B) *El carácter obligatorio de las obras de accesibilidad. El problema de no requerir el acuerdo de la Junta de Propietarios.* C) *La ocupación de los elementos comunes durante el tiempo que duren las obras.* D) *La responsabilidad individual del propietario que se oponga o demore injustificadamente la ejecución de las órdenes de la autoridad competente.* E) *La contribución a los gastos derivados de las obras de accesibilidad.* 2. LAS OBRAS DE ACCESIBILIDAD MAYORES O VOLUNTARIAS: A) *Obras de accesibilidad incluidas en el artículo 17.2 LPH.* B) *La mayoría necesaria para la aprobación de estas obras.* C) *La mayoría necesaria para la aprobación de los llamados acuerdos asociados.* D) *La obligatoriedad para todos los propietarios de las obras de accesibilidad.* E) *El problema de las servidumbres necesarias para la instalación del ascensor.*—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. EL MARCO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LA DISCAPACIDAD

Debemos comenzar nuestro estudio con una breve referencia a las normas constitucionales e internacionales que establecen los principios básicos que deben presidir la regulación de las situaciones que afectan a las personas con discapacidad en el Derecho español, en la medida en que las obras de accesibilidad son uno de los instrumentos más eficaces para lograr la plena integración de estas personas en la vida social y económica.

En el plano constitucional, resulta obligada la remisión a los artículos 9.2 y 49 CE. El primero dispone lo siguiente:

«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Este precepto impone a los poderes públicos la adopción de todas aquellas medidas que resulten necesarias para lograr la *igualdad real* de los individuos. Por ello, el mandato del artículo 9.2 CE se diferencia de la igualdad jurídica del artículo 14 CE en que mientras los destinatarios del derecho a la igualdad jurídica son todos los ciudadanos y los poderes públicos (art. 9.1 CE), y en cuanto derecho fundamental vincula positivamente a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE) y está protegido incluso por el recurso de amparo constitucional (art. 53.2 CE), los destinatarios del artículo 9.2 CE son, exclusivamente, los poderes públicos a los que se les dirige el mandato de «promover» las condiciones necesarias para asegurar la igualdad real y efectiva, y de «remover» los obstáculos que puedan impedir su plenitud, con la finalidad de instaurar, en la realidad, una efectiva parificación de los individuos en todos los aspectos de su vida («vida política, económica, cultural y social»).

Por su parte, el artículo 49 CE, establece que:

«Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

Este artículo establece un conjunto de mandatos dirigidos a los poderes públicos que tienen por objeto la protección integral de las personas con algún tipo de discapacidad (a las que denomina con una terminología hoy superada «*disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*»), cuya finalidad es favorecer y

asegurar que estas personas puedan desarrollar su vida en un plano de igualdad de oportunidades con el resto de las personas, de manera que, en la medida de lo posible, no existan discriminaciones por razón de las específicas condiciones que afectan a estas personas y cuyo fin último es garantizar la dignidad que debe reconocerse a todas las personas por su condición de seres humanos.

Al estar incluido el artículo 49 en el Capítulo III, bajo la rúbrica «De los principios rectores de la política social y económica»<sup>1</sup>, en el Título Primero de la Constitución de 1978 («De los derechos y deberes fundamentales»), resulta conveniente que analicemos brevemente las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. En este sentido, conforme al artículo 53.3 CE:

«El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informaran la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

A la vista de este precepto constitucional, como destaca la doctrina, las normas incluidas en los artículos 39 a 52 CE, establecen un conjunto de *mandatos vinculantes para los poderes públicos* que, por ello, deben ajustar su actuación a darlos efectividad, pero que, sin embargo, *no atribuyen directamente a los ciudadanos derechos subjetivos*. Como tiene declarado el Tribunal Constitucional «los principios reconocidos en el capítulo tercero del título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables» (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5).

El carácter vinculante o normativo de estos mandatos constitucionales impone a los poderes públicos un deber de actuación favorable a los principios constitucionalmente reconocidos que implican *la prohibición de cualquier actuación estatal que los perjudique*. En este sentido, por ejemplo, la STC 45/1989, de 20 de febrero, declaró la inconstitucionalidad de ciertos preceptos de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en la medida en que podían determinar una mayor carga tributaria por la circunstancia de estar casado, entre otras razones, por ser incompatibles con el mandato constitucional de protección de la familia y del matrimonio que resultaría de lo dispuesto en el artículo 39 CE.

En todo caso, resulta esencial destacar que los destinatarios de los mandatos establecidos en los artículos 39 a 52 CE no son los ciudadanos sino los poderes públicos, debiendo distinguir a estos efectos entre un destinatario directo o inmediato, que es el legislador, que está obligado a convertir los principios rectores de la política social y económica en concretas normas legales, y la Administración Pública y los órganos judiciales que, sin embargo, son meros destinatarios mediatos o indirectos de dichos principios, lo que se traduce básicamente en que mientras para la Administración suponen criterios de actuación para los órganos judiciales representan criterios de interpretación de las normas dictadas por el legislador.

Por ello, mientras el legislador tiene cierto margen de actuación a la hora de dar efectividad a los mandatos constitucionales establecidos en los artículos 39 a 52 CE, el artículo 53.3 CE, actúa como una «cláusula del miedo» (*angstklausele*) (RODRÍGUEZ SANTIAGO, J.M., 2008, 1189), ya que al disponer que los principios rectores de la política social y económica «(s)ólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», prohíbe a los órganos judiciales entrar con criterios propios en las materias de política social. Razón por la cual los órganos aplicadores del Derecho no pueden utilizar los mandatos de los artículos 39 a 52 CE para desvincularse de las exigencias del principio de legalidad (arts. 9.3 y 103.1 CE, para la Administración, y 117.1 CE para los órganos judiciales).

Finalmente, interesa también destacar que una de las consecuencias de los principios establecidos en los artículos 39 a 52 CE es que pueden servir para justificar el establecimiento de limitaciones de los derechos fundamentales y de otros bienes constitucionales. En este sentido, por ejemplo, y en lo que interesa a nuestro estudio, la condición de discapacidad de las personas puede ser tenida en cuenta por el legislador para implantar limitaciones al derecho fundamental de igualdad (art. 14 CE), regulando diferencias de trato o discriminaciones positivas a favor de las personas discapacitadas, y también para delimitar el contenido de la propiedad privada de los inmuebles (art. 33 CE), fijando tanto los límites como las limitaciones del derecho de propiedad que puedan resultar adecuadas para favorecer la movilidad y la integración social de las personas discapacitadas.

Visto el marco constitucional de referencia en materia de discapacidad, debemos ahora señalar las normas internacionales sobre la materia que obligan al Estado español. En este sentido, en el plano internacional existen diversos convenios suscritos por el Reino de España que vinculan al legislador español a la hora de abordar la regulación de la discapacidad. En este punto, y por limitarnos a la materia que es objeto de nuestro estudio, debemos destacar la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (*BOE* del 21 de abril de 2008), así como el *Protocolo Facultativo a dicha Convención* (*BOE* del 22 de abril de 2008), que tras haber sido ratificados por España el 30 de marzo de 2007 y haberse publicado su texto en el *BOE* forman ya parte del ordenamiento jurídico español (arts. 96 CE y 1.5 del Código Civil)<sup>2</sup>.

En lo que interesa a nuestro estudio, la citada Convención dispone en el artículo 9, bajo la rúbrica «accesibilidad», lo siguiente:

«1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Parte adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno

físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

- a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;
  - b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.
2. Los Estados Parte también adoptarán las medidas pertinentes para:
- a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;
  - b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad;
  - c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad;
  - d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión;
  - e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;
  - f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;
  - g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet;
  - h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo».

## II. LA NUEVA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA DISCAPACIDAD

A lo largo de la historia de la humanidad la discapacidad ha sido entendida de distintos modos que han influido en la forma en que el Derecho se ha ocupado de ella. A los solos efectos de aproximarnos al estado actual de la cuestión, con la exclusiva finalidad de que nos sirva para contextualizar y, en

su caso, interpretar la regulación legal que pretendemos estudiar en este trabajo, podríamos resumir la materia afirmando que la discapacidad ha sido abordada históricamente siguiendo tres modelos o paradigmas bien diferenciados.

#### 1. EL PARADIGMA DE LA EXCLUSIÓN SOCIAL

En una primera etapa, la discapacidad fue vista como una desgracia, el fruto de la fatalidad, del pecado o del capricho del destino. En este contexto, el discapacitado, calificado como «lisiado», «deforme», «inválido», «inútil» o «anormal», era considerado una persona que no podía valerse por sí misma, por lo que se concebía como un sujeto dependiente que representaba una rémora o una carga para los demás, razón por la cual estuvo condenado a la marginación y a la exclusión social. En este contexto el discapacitado solo era contemplado como objeto del rechazo social, de la lástima y de la compasión, por lo que su forma de vivir quedaba relegada a servir de bufón o a vivir de la mendicidad y, en el mejor de los casos, a recibir la ayuda y la caridad libérrima de los demás o a depender del auxilio de la beneficencia pública. Incluso, en los primeros tiempos era merecedor de la muerte (recuérdese, por ejemplo, en la antigua Grecia la costumbre de los espartanos de matar a los bebés deformes o débiles).

#### 2. EL PARADIGMA DE LA REHABILITACIÓN

En este modelo la discapacidad se considera una situación desdichada que sufren algunas personas, causada directamente por una anomalía congénita, por una enfermedad o por un accidente, en el que el problema se centra en el individuo discapacitado, ya que se entiende que son sus deficiencias (físicas, mentales o sensoriales) y su falta de destreza la causa principal de sus dificultades. Este nuevo enfoque convierte al incapacitado en objeto de tratamiento y protección social, al hacerle destinatario de un tratamiento rehabilitador que exige la intervención profesional de un conjunto de especialistas (médicos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionales, psicólogos, trabajadores sociales, etc.) con el fin de que el discapacitado recupere o alcance un grado de destrezas funcionales que le permitan una adecuada integración social. En este contexto, la función de los poderes públicos queda relegada a la prestación de ayuda individualizada, tratamiento rehabilitador, asistencia y protección social con la finalidad de lograr la integración del discapacitado en la vida social y económica.

El artículo 49 CE parece anclado en este modelo o paradigma de la discapacidad. Así lo evidencia la propia redacción del texto constitucional cuando se refiere a los discapacitados como «*disminuidos*, físicos, sensoriales y psíquicos», que deberán recibir de los poderes públicos el oportuno «tratamiento»,

«rehabilitación» y la «atención especializada» que requiera su situación. En esta concepción de la discapacidad se encuadraría también la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los *minusválidos*, como revela elocuentemente la propia denominación utilizada por el legislador que describe a los discapacitados como «minusválidos», es decir, como personas que *valen menos* que las personas que podríamos llamar normales. Sin embargo, solo desde la ignorancia se puede concebir actualmente la discapacidad como una fuente de inutilidad o de minusvalía de la persona. Baste para constatarlo con la contribución a la humanidad de algunos discapacitados famosos, como en la literatura el «manco» Miguel de Cervantes, en la música el «sordo» Ludwig van Beethoven, o el «ciego» Joaquín Rodrigo, o en la ciencia el enfermizo Stephen William Hawking.

### 3. EL PARADIGMA DE LA VIDA INDEPENDIENTE

Este nuevo paradigma de la discapacidad surge en EEUU en los años sesenta, con el movimiento del *independent living* a causa del gran número de soldados que regresan de la guerra de Vietnam afectados por deficiencias físicas, mentales o sensoriales, y que encuentra en gran medida sus fundamentos teóricos en los argumentos esgrimidos por los movimientos para la igualdad de derechos civiles de los negros y los movimientos feministas que defienden una sociedad sin discriminaciones por razones personales (sexo y color). Esta nueva visión de la discapacidad concibe al discapacitado como una persona con plenitud de derechos y con toda la dignidad que se reconoce al ser humano. El discapacitado ya no es una persona *disminuida* o que *vale menos* (minusválido) que las personas normales y que debe ser exclusivamente objeto de un tratamiento rehabilitador y de protección social. Las personas discapacitadas evidentemente presentan determinadas deficiencias que, lógicamente, les producen desventajas, pero se admite que estas desventajas no tienen origen exclusivo en sus singulares condiciones personales, por el contrario, en gran medida la *dependencia* de los discapacitados viene marcada por los obstáculos y las condiciones limitadoras que derivan de la propia sociedad, que se organiza tomando en consideración exclusivamente el patrón de las personas normales. Así, por ejemplo, se entiende que lo que limita la movilidad de una persona que va en silla de ruedas no es su deficiencia física sino, en gran medida, la gran cantidad de obstáculos que tiene que superar diariamente para poder desarrollar una vida normal (escaleras en los edificios, en los transportes públicos, espacios inaccesibles para una silla de ruedas, etc.).

En este paradigma, la discapacidad se aborda partiendo del principio de «vida independiente», defendiendo una participación activa del discapacitado en la sociedad, ya que se acepta que corresponde al discapacitado, como un sujeto que es titular de todos los derechos que se reconocen al resto de los ciudada-

nos, tomar las decisiones que afectan a su propia existencia, ya que si bien el discapacitado es una persona que tiene especiales dificultades para satisfacer unas necesidades normales, sus necesidades no tienen que ser forzosamente consideradas como especiales o diferentes de las del resto de sus conciudadanos.

En este contexto de *vida independiente* que preside el nuevo paradigma de la discapacidad, una de las acciones esenciales para superar las discriminaciones que afectan a los discapacitados viene representada por la vigencia del llamado principio de «accesibilidad universal», que exige a los poderes públicos políticas y legislaciones que hagan efectivo el llamado «diseño para todos», de modo que los edificios, los transportes, los espacios públicos, las máquinas, los servicios y los productos se diseñen y ejecuten, en la medida de lo posible, de forma que puedan ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas, lo que, en la materia que nos ocupa, requiere medidas que aseguren la realización de las modificaciones que resulten necesarias en los entornos físicos y arquitectónicos para garantizar la eliminación de las llamadas «barreras arquitectónicas».

El paradigma de la vida independiente es hoy el que preside los convenios y textos internacionales sobre la discapacidad suscritos por España antes referidos y es el que inspira, como ponen de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y el Preámbulo de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Actualmente, la norma básica en la materia está representada por 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. A esta legislación nos referiremos luego con más detalle.

### III. LAS OBRAS DE ACCESIBILIDAD UNIVERSAL EN LOS INMUEBLES EN LEYES DISTINTAS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

#### 1. LA LEGISLACIÓN SOBRE LAS CONDICIONES DE ACCESIBILIDAD UNIVERSAL

La primera norma que, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, tuvo en cuenta la situación de las personas con discapacidad a efectos de paliar sus problemas de accesibilidad en los inmuebles vino representada por la *Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos* (BOE del 30 de abril). Esta ley, aunque afronta la materia bajo el paradigma ya superado que hemos denominado de la rehabilitación, como evidencia el hecho de que califica al discapacitado como «minusválido», supuso un evidente avance en la protección de las personas con discapacidad al establecer medidas dirigidas a asegurar su accesibilidad en los inmuebles. Regula la materia el Título IX



(«Otros aspectos de la atención a los minusválidos»), en su Sección Primera, bajo la rúbrica de «Movilidad y barreras arquitectónicas» (arts. 54 a 61), que, en lo que interesa a nuestro estudio, podemos resumir en lo siguiente:

a) Establece la obligación legal de que la «construcción, ampliación y reforma de los edificios de propiedad pública o privada, destinados a un uso que implique la concurrencia de público» se lleven a cabo contemplando las condiciones arquitectónicas necesarias para que «resulten accesibles y utilizables a los minusválidos» (art. 54.1), no obstante, esta obligación está excluida en el caso de las «reparaciones que exigieran la higiene, el ornato y la normal conservación de los inmuebles existentes, así como las obras de reconstrucción o conservación de los monumentos de interés histórico o artístico» (art. 54.2).

b) La finalidad perseguida por el legislador de conseguir que los edificios se construyan y rehabiliten cumpliendo las pertinentes condiciones de accesibilidad impone a las Administraciones Públicas competentes el deber legal de aprobar «normas urbanísticas y arquitectónicas básicas conteniendo las condiciones a que deberán ajustarse los proyectos, el catálogo de edificios a los que será de aplicación las mismas y el procedimiento de autorización, fiscalización y, en su caso, sanción» (art. 54.3). Asimismo, se dispone que «las normas técnicas básicas sobre la edificación incluirán previsiones relativas a las condiciones mínimas que deberán reunir los edificios de cualquier tipo para permitir la accesibilidad de los minusválidos» (art. 58.1), que al ser obligatorias deben cumplirse en la redacción de los proyectos básicos y de ejecución, denegándose los visados colegiales y las autorizaciones o licencias preceptivas en caso de no respetarse (art. 58.2).

c) Se establece la obligación de que en los proyectos de viviendas de protección oficial y viviendas sociales así como en las viviendas que se construyan, promuevan o subvencionen por las Administraciones Públicas se destine un porcentaje mínimo del tres por ciento para minusválidos, así como la necesidad de que las Administraciones competentes dicten disposiciones reglamentarias para «garantizar la instalación de ascensores con capacidad para transportar simultáneamente una silla de ruedas de tipo normalizado y una persona no minusválida» (arts. 57.1, 2 y 3). Disponiéndose igualmente que, «cuando el proyecto se refiera a un conjunto de edificios e instalaciones que constituyan un complejo arquitectónico, este se proyectará y construirá en condiciones que permitan, en todo caso, la accesibilidad de los disminuidos a los diferentes inmuebles e instalaciones complementarias» (art. 57.4).

Si bien la Ley 13/1982 tuvo el mérito evidente de representar el primer desarrollo normativo del artículo 49 CE, la necesidad de abordar el problema con el enfoque más moderno del paradigma de la igualdad de oportunidades y de la vida independiente, determinó la aprobación de la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de los discapacitados* (BOE del 3 de diciembre), complementada en

el ámbito sancionador por la *Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* (BOE del 27 de diciembre). A esta legislación le sucede la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (BOE del 2 de agosto), que como indica su título, trata de adaptar nuestro ordenamiento a los mandatos que resultan de los Convenios internacionales suscritos por España sobre la materia. Esta Ley ordenó al Gobierno la elaboración de un texto refundido que regularizase, aclarase y armonizase las distintas leyes existentes, lo que se produjo con la aprobación del *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* (BOE del 3 de diciembre) (en adelante *TRLGDPD*), que derogó expresamente la *Ley 13/1982, de 7 de abril*, la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre*, y la *Ley 49/2007, de 26 de diciembre*, y que, por tanto, constituye hoy la norma básica en la materia.

A efectos de nuestro estudio debemos destacar que la *Ley 51/2013*, creó la figura de las denominadas «condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación». Dado que esta ley ha sido derogada y sus normas han sido incorporadas al *TRLGDPD*, vamos a referirnos a ellas atendiendo a la regulación contenida en dicho texto refundido. En este sentido, las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación constituyen unas normas, aprobadas por el Gobierno<sup>3</sup>, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales, cuya finalidad es garantizar unos mismos niveles de igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos con discapacidad, que serán establecidas de forma gradual en el tiempo y en el alcance y contenido de las obligaciones impuestas, para cada uno de los distintos ámbitos y áreas que la ley contempla (art. 23), siendo uno de ellos el relativo a los «espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación» [art. 5.b)]. En cuanto a su contenido, deben establecer medidas concretas para prevenir o suprimir discriminaciones, y para compensar desventajas o dificultades, incluyendo disposiciones, al menos sobre el siguiente aspecto: «exigencias de accesibilidad de los edificios y entornos, de los instrumentos, equipos y tecnologías, y de los bienes y productos utilizados en el sector o área. En particular, la supresión de barreras a las instalaciones y la adaptación de equipos e instrumentos, así como la apropiada señalización en los mismos» [art. 23.2.a)].

En desarrollo de esta legislación el *Real Decreto 505/2007, de 20 de abril* (BOE del 11 de mayo), aprobó las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones, disponiendo su incorporación al Código Técnico de la Edificación, en el documento básico relativo al cumplimiento de dichas exigencias técnicas (disposición final 3.<sup>a</sup>), estableciendo que su desarrollo se efectuaría mediante la correspondiente Orden del Ministerio de

Vivienda (disposición final 3.<sup>a</sup>), fijándose como fecha de su obligatoriedad el 1 de enero de 2019 (disposición final 5.<sup>a</sup>). A su vez, el Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero (*BOE* del 11 de marzo), modificó el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad.

Conforme a esta normativa, actualmente, las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad, vienen recogidas en el Código Técnico de la Edificación, que incluye el Documento Básico SUA (Seguridad de Utilización y Accesibilidad), en el que la Sección SUA 9, se ocupa específicamente de las condiciones de accesibilidad.

Finalmente, debemos destacar que el TRLGDPD, tipifica el incumplimiento de las exigencias de accesibilidad, así como la negativa a adoptar las medidas de ajuste razonable necesarias para su observancia, como infracción grave [artículo 81.3.b)], que acarreará las oportunas sanciones administrativas, que pueden llegar a la imposición de una multa de hasta 90.000 euros (art. 83.3).

Asimismo, los particulares podrán acudir a la vía judicial ordinaria (jurisdicción civil) para exigir la realización de las obras de accesibilidad obligatorias, así como el reconocimiento de una indemnización de daños que incluye los daños morales (art. 75), estando legitimados para exigir el cumplimiento de la legalidad en esta materia no solo las personas individuales afectadas, sino también las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos (Asociaciones de discapacitados, etc.) (art. 76).

## 2. LAS OBRAS DE ACCESIBILIDAD EN LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU), como señala su Preámbulo (2.8.º), establece «una previsión especial para arrendatarios afectados de minusvalía o con personas minusválidas a su cargo, que pretendan efectuar modificaciones en la finca arrendada que les permitan mejorar la utilización de la misma», que se materializó en el artículo 24 LAU<sup>4</sup> y en la «Disposición adicional novena»<sup>5</sup>.

La Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (*BOE* del 5 de junio), con la finalidad de abandonar la terminología «minusvalía» y «minusválido», por la más actual y adecuada de personas con discapacidad, utilizada en los textos internacionales<sup>6</sup>, ha dado nueva redacción al artículo 24 LAU que ahora establece lo siguiente:

«Artículo 24. Arrendatarios con discapacidad.

1. El arrendatario, previa notificación escrita al arrendador, podrá realizar en el interior de la vivienda aquellas obras o actuaciones

necesarias para que pueda ser utilizada de forma adecuada y acorde a la discapacidad o a la edad superior a setenta años, tanto del propio arrendatario como de su cónyuge, de la persona con quien conviva de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, o de sus familiares que con alguno de ellos convivan de forma permanente, siempre que no afecten a elementos o servicios comunes del edificio ni provoquen una disminución en su estabilidad o seguridad.

2. El arrendatario estará obligado, al término del contrato, a reponer la vivienda al estado anterior, si así lo exige el arrendador».

Esta regulación de las obras de accesibilidad se aplica uniformemente a todos los arrendamientos de vivienda, ya que rige los nuevos contratos de arrendamiento celebrados a partir de la entrada en vigor de la LAU, es decir, los arrendamientos de vivienda que se perfeccionen a partir del 1 de enero de 1995 (art. 24 LAU), pero también se aplica a los arrendamientos de vivienda anteriores que subsistan a su entrada en vigor, ya se trate de arrendamientos celebrados a partir del 9 de mayo de 1985 (DT1.<sup>a</sup>.1.2.<sup>o</sup> LAU), o de arrendamientos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 (DT2.<sup>a</sup>.2 LAU).

A nuestro juicio, estamos ante una norma especial que representa una derogación o excepción<sup>7</sup> a la regla general según la cual el arrendatario no puede realizar obras que alteren la cosa arrendada (arts. 23 LAU y 1561 del Código Civil) y que encuentra su fundamento constitucional en los artículos 49 y 33.2 CE.

Al estar incluido el artículo 24 LAU dentro de su Título II, destinado a los arrendamientos de vivienda, solo es aplicable a este tipo de arrendamientos razón por la cual el régimen que establece debe considerarse imperativo para el arrendador y no cabe pacto que modifique la regulación legal en perjuicio del arrendatario, por lo que de establecerse un pacto que excluya o limite los derechos que reconoce a la persona con discapacidad debe reputarse nulo y se tendrá como no puesto (arts. 4.2 y 6 LAU). El artículo 24 LAU no se aplica a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda ni tampoco a los arrendamientos de local de negocio que subsistan tras la entrada en vigor de la LAU, aunque nada impide que las partes puedan pactar su aplicación a este tipo de contratos, de conformidad con la libertad de pactos que se establece en el artículo 4.3 LAU.

Aunque el artículo 24 LAU lleva la rúbrica «arrendatarios con discapacidad», esta rúbrica resulta inexacta ya que la norma se aplica ahora no solo a las personas con discapacidad sino también a las personas mayores de setenta años y, además, no solo cuando la persona con discapacidad o mayor de setenta años es el arrendatario, sino también cuando la persona con discapacidad o mayor de setenta años es el cónyuge del arrendatario o su pareja *more uxorio* («la persona con quien conviva de forma permanente en análoga relación de afectividad, con

independencia de su orientación sexual»), o sus «familiares» que con alguno de ellos convivan de forma permanente en la vivienda arrendada.

El texto actual del artículo 24 LAU permite su aplicación también a las personas mayores de setenta años, sin embargo, estas personas ya estaban incluidas en la norma desde la entrada en vigor de la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, que, en su disposición adicional única estableció lo siguiente:

«Las obras de adaptación en el interior de las viviendas, que pretendan realizar los usufructuarios con minusvalías y las personas mayores de setenta años sean o no minusválidas, se someterán al régimen previsto en el artículo 24 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos».

Tras la nueva redacción del artículo 24 LAU operada por la Ley 4/2013 (que extiende su aplicación a las personas mayores de setenta años), la disposición adicional única de la Ley 15/1995, que no es muy afortunada en su redacción, queda limitada al usufructuario por lo que debe ser interpretada entendiéndose que el ámbito de aplicación del artículo 24 LAU se amplía a las viviendas que se hallen en usufructo, de modo que los derechos que ostenta el arrendatario en un arrendamiento de vivienda según el artículo 24 LAU se extienden ahora también al usufructuario de una vivienda. Por tanto, las obras cuya ejecución autoriza el artículo 24 LAU pueden ser actualmente realizadas también por el usufructuario de una vivienda, si es él el que sufre la discapacidad o es mayor de setenta años, por su cónyuge o su pareja *more uxorio* o por alguno de los familiares que con ellos convivan en la finca objeto del usufructo, si son estas personas las que están afectadas por la discapacidad o por la edad superior a los setenta años. La norma se limita a mencionar a los «familiares», sin mayores precisiones, por lo que se aplica tanto a los familiares por consanguinidad como a los que lo sean por afinidad, sin distinguir tampoco el grado de parentesco.

En todo caso, para que pueda aplicarse el artículo 24 LAU se necesitará que la persona (con discapacidad o mayor de setenta años) para la que se pretende la actuación mantenga con la vivienda una relación de uso permanente o de cierta estabilidad, pues no parece razonable afectar o sacrificar el contenido objetivo del derecho de propiedad que se ostenta sobre la finca arrendada (o ahora también en usufructo), cuando el goce o uso de la finca que tiene la persona con discapacidad o mayor de setenta años que motiva la pretensión de realizar las obras de adaptación sea un uso esporádico o coyuntural (por ejemplo, persona que solo ocupa la vivienda una semana al año en vacaciones o durante una estancia breve motivada por circunstancias anormales: enfermedad, inundación, etc.). La concurrencia de este requisito se evidencia en la propia redacción del

artículo cuando exige que la persona que conviva *more uxorio* con el arrendatario (ahora también con el usufructuario), lo haga «de forma permanente» con él en la vivienda, y lo mismo se exige en el caso de los familiares que, igualmente, deben convivir «de forma permanente» en la finca.

Además, el artículo 24 LAU solo faculta al arrendatario (y ahora al usufructuario) para realizar, «en el interior de la vivienda», es decir, dentro de la finca arrendada o dada en usufructo, las obras o actuaciones «necesarias para que pueda ser utilizada de forma adecuada y acorde a la discapacidad o a la edad superior a setenta años» de la persona que motiva la actuación. Por ello, la norma no faculta para realizar las obras que libremente se quieran ejecutar sino, únicamente, las obras «necesarias», requisito que debe interpretarse en el sentido de que solo están autorizadas por la ley aquellas obras que guarden una *relación de proporcionalidad o de idoneidad* con la situación de discapacidad que resulta de la condición del discapacitado o del mayor de setenta años que las motiva, en el sentido de que las obras a realizar serán solo las obras que resulten indispensables o necesarias para facilitar un uso más adecuado de la vivienda a fin de adaptarla a la naturaleza de la discapacidad o de la edad del mayor de setenta años que se trata de superar o paliar con las obras. En consecuencia, si, por ejemplo, la discapacidad consiste en la sordera del arrendatario no cabrá ensanchar las puertas para el paso de una silla de ruedas pues su discapacidad solo permitiría la instalación de un sistema óptico o de aviso de las llamadas, etc.

El artículo 24.1 LAU precisa que las obras que autoriza la norma solo caben «siempre que no afecten a los elementos o servicios comunes del edificio ni provoquen una disminución en su estabilidad o seguridad».

La Ley no regula ningún procedimiento al que deban ajustarse las partes para que puedan ejecutarse las obras de accesibilidad, limitándose a disponer que el arrendatario debe notificar al arrendador su propósito de realizar las obras, con carácter previo a su realización y por escrito, pero sin especificar cuál debe ser el contenido de la «previa notificación escrita» que debe cumplir. Por ello, puede resultar conveniente aplicar por analogía, o si se prefiere por sentido común, lo que se establece al respecto en la Ley 15/1995 que si detalla el procedimiento que deben seguir los interesados. En este sentido, creo que lo más razonable es que se siga el siguiente procedimiento:

1. El arrendatario (o ahora también el usufructuario) notificará por escrito y previamente a la ejecución de las obras al arrendador (o, en su caso, al nudo propietario), su voluntad de realizar las obras y a tal efecto deberá manifestar:

a) El tipo de discapacidad que motiva la actuación, aportando el correspondiente justificante de la discapacidad con el oportuno documento administrativo que la reconozca, ya que la disposición adicional novena LAU, establece que «(a) los efectos prevenidos en esta Ley, la situación de minusvalía (léase ahora discapacidad) y su grado deberán ser declarados, de acuerdo con la normativa

vigente, por los centros y servicios de las Administraciones Públicas competentes». En el caso de que lo que motive la actuación sea ser mayor de setenta años deberá aportarse la certificación del Registro Civil que acredite que la persona tiene setenta años cumplidos. No obstante, creo que el requisito de la edad podría ser acreditado por otros medios (por ejemplo, con la fotocopia del DNI o el NIE, documento administrativo de la Seguridad Social o de otro organismo que permita probar la edad del interesado).

b) La naturaleza de las obras que se pretenden realizar y si fuera preceptivo el oportuno proyecto técnico

2. Recibida la notificación, el arrendador (o el nudo propietario, en su caso) deberá disponer de un plazo (el artículo 5 de la Ley 15/1995 lo fija en sesenta días), en el que estará obligado a contestar, consintiendo las obras propuestas o bien oponiéndose a las mismas. El principio de buena fe debe llevar a interpretar la falta de respuesta o el silencio del arrendador (o del nudo propietario) como consentimiento o aceptación tácita de las obras propuestas.

El arrendador o nudo propietario también podrá contestar ofreciendo una solución alternativa a la propuesta por el arrendatario o el usufructuario.

En el caso de que el arrendador se oponga a las obras, esta oposición debe ser «razonada», es decir, debe incluir las razones que justifican la oposición. Una oposición sin razones debe equivaler al silencio o consentimiento tácito, ya que la buena fe exige la manifestación de las razones en que se apoya la negativa a las obras propuestas. La oposición se podrá fundar en que no concurre el supuesto de discapacidad o de edad invocado como hecho habilitante de las obras propuestas, o bien en que las obras que se pretenden ejecutar no guardan la relación de proporcionalidad o de idoneidad con la discapacidad que tratan de paliar, en cuyo caso resultaría aconsejable proponer la solución alternativa que estaría dispuesto a consentir.

3. Si el arrendador (o nudo propietario) se opone entiendo que el arrendatario (o el usufructuario), antes de ejecutar las obras, deberá acudir a los tribunales solicitando la pertinente sentencia judicial que declare que las obras propuestas son procedentes por concurrir los requisitos previstos en el artículo 24 LAU, autorizándole a realizarlas y condenando al arrendador (o al nudo propietario) a tolerar su ejecución. Además, cuando la negativa del arrendador resulte manifiestamente injustificada, entiendo que podrá exigirse también una indemnización de los daños morales sufridos.

Al no estar previsto en el artículo 24 LAU ningún procedimiento específico para tramitar esta pretensión surge el problema de determinar cuál debe ser el procedimiento adecuado.

Una primera solución sería acudir al procedimiento previsto en el párrafo segundo del artículo 6.1 de la Ley 15/1995, que remite a las normas del juicio verbal. Sin embargo, existen razones de peso para sostener que no debe ser este el procedimiento a seguir.

La LAU de 1994, pese a introducir el régimen especial del artículo 24 LAU, no estableció ninguna norma procesal específica para resolver los litigios que pudiera plantear su aplicación (*vide* arts. 38 a 40 LAU). Por ello, hay que concluir que la voluntad del legislador fue la de que el conocimiento de estos litigios se rigiera por las normas procesales comunes. Por ello, al haber derogado expresamente la vigente LEC (disposición derogatoria única 2.6.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero), las normas procesales especiales establecidas en los artículos 38 a 40 LAU, parece clara la voluntad del legislador de que todos los litigios que pudieran surgir en aplicación de la LAU se resuelvan conforme a las reglas generales de la LEC. En consecuencia, deberá estarse a la regla que remite al juicio ordinario el conocimiento de las pretensiones que versen sobre cualesquiera asuntos relativos a arrendamientos urbanos de bienes inmuebles, salvo las que traten de reclamaciones de rentas o cantidades debidas por el arrendatario o el desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia (arts. 249.1.6.º y 250.1 LEC). Refuerza esta solución, el hecho de que la pretensión que tiene por objeto obtener la autorización judicial para la realización de las obras de adaptación previstas en el artículo 24 LAU constituye una cuestión que por afectar a bienes o derechos que no pueden ser cuantificados económicamente o que tienen muy difícil evaluación económica (dignidad de la persona con discapacidad, limitación del derecho de propiedad, etc.), deberán tramitarse por las reglas previstas para el juicio ordinario (art. 249.2 LEC). En cuanto a la competencia territorial, la demanda deberá interponerse, con carácter imperativo, ante el tribunal del lugar en que esté sita la finca (arts. 52.1.7.º y 54.1. LEC).

Si el arrendatario realiza las obras sin cumplir el requisito legal de la notificación previa y escrita al arrendador, o realiza las obras con la oposición del arrendador, o habiendo obtenido el consentimiento del arrendador a las obras propuestas ejecuta unas obras distintas de las que fueron propuestas y consentidas, de modo que las obras realizadas no cumplen los requisitos formales (notificación previa y escrita) y/o materiales (concurrencia de la discapacidad o edad mayor de setenta años, o incumplimiento de la relación de proporcionalidad de las obras), al hallarnos ante unas obras incontestadas que entrañan el incumplimiento grave del contrato de arrendamiento, al dejarse de cumplir las normas legales y contractuales que resultan del contrato, el arrendador podrá ejercitar la acción resolutoria, al amparo de lo dispuesto en los artículos 27.1. y 2.d) LAU y 1124 del Código Civil. En el caso de que quien realizó las obras fuera el usufructuario, por esta sola circunstancia no se extinguirá el usufructo pero estará obligado a reponer la finca a su estado anterior y, además, deberá indemnizar, en su caso, al nudo propietario los daños y perjuicios causados (arts. 467, 470, 497, 512 y 511, en relación con los arts. 1098 y 1101 del Código Civil).

En todo caso, y en línea con la obligación general de todo arrendatario de devolver la finca arrendada, al concluir el arriendo, en el mismo estado en que



la recibió (art. 1.561 del Código Civil), el artículo 24.2 LAU dispone expresamente que si el arrendador lo exige, el arrendatario estará obligado a reponer la vivienda arrendada al estado que tenía antes de la realización de las obras. A nuestro juicio, la previsión del artículo 24.2 LAU, que solo impone la reposición *in natura* de la finca, si lo pide el arrendador, sin mencionar otras situaciones, excluye el derecho del arrendatario a exigir una indemnización por las mejoras útiles o de recreo que hayan podido suponer las obras realizadas, con lo que queda sin efecto la previsión contenida en el artículo 1573 del Código Civil, y entiendo que, por la misma razón también impediría al arrendatario ejercitar el *ius tollendi* que resultaría de lo dispuesto en los artículos 487 y 1573.

3. LAS OBRAS DE ACCESIBILIDAD EN LA LEY 49/2003, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (en adelante LAR), tras la modificación operada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre de (BOE del 1 de diciembre), que añadió un segundo párrafo al artículo 21 LAR, se ocupa de las obras de accesibilidad en los siguientes términos:

«Asimismo, y previa notificación al arrendador, el arrendatario podrá realizar obras de accesibilidad en el interior de los edificios de la finca que le sirvan de vivienda, siempre que no provoquen una disminución de la estabilidad o seguridad del edificio y sean necesarias para que puedan ser utilizados de forma adecuada y acorde con la discapacidad o la edad superior a 70 años, tanto del arrendatario como de su cónyuge, de la persona que conviva con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad con independencia de su orientación sexual, de sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad que conviva con alguno de ellos de forma permanente y de aquellas personas que trabajen, o presten servicios altruistas o voluntarios para cualquiera de las anteriores en la vivienda enclavada en la finca rústica. Al término del contrato, el arrendatario estará obligado a reponer la vivienda a su estado anterior, si así se lo exigiera el arrendador».

Este artículo faculta al arrendatario para realizar obras de accesibilidad en unos términos muy similares a los que se establecen en el artículo 24 LAU, por ello, nos limitaremos a indicar las diferencias más notables que presenta esta regulación respecto de la prevista en el artículo 24 LAU, remitiéndonos en todo lo demás a lo señalado al tratar de este artículo que vale *mutatis mutandis* para este otro.

El beneficiario de las obras de accesibilidad debe ser el arrendatario, su cónyuge o la persona que conviva con el arrendatario *more uxorio*, en términos semejantes a los previstos en el artículo 24 LAU.

Sin embargo, en el caso de los familiares, si bien pueden serlo del arrendatario, del cónyuge o del conviviente *more uxorio*, a diferencia del artículo 24 LAU, se exige que sean parientes consanguíneos y solo hasta el cuarto grado, por lo que el precepto es más restrictivo que el artículo 24 LAU, que no establece límites para los familiares que pueden beneficiarse de las obras de accesibilidad, ya que incluye a todos los familiares, sean consanguíneos o por afinidad, y sin límite por razón del grado de parentesco.

También pueden ser beneficiarios de las obras de accesibilidad las «personas que trabajen, o presten servicios altruistas o voluntarios para cualquiera de las anteriores (arrendatario, cónyuge, pareja de hecho o *more uxorio*, o familiares de cualquiera de ellos) en la vivienda enclavada en la finca rústica». La ley, por tanto, exige que estas personas trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios «en la vivienda enclavada en la finca rústica», por lo cual parece que si los servicios que realizan estas personas no se prestan en la vivienda del arrendatario no podrán ser beneficiarios de las obras de accesibilidad.

Esta circunstancia, la expresión que se incluye en el inicio del texto legal, según la cual las obras de accesibilidad deben realizarse «en el interior de los edificios de la finca que le sirvan de vivienda», y la contenida al final del artículo según la cual el arrendatario al terminar el arrendamiento debe «reponer la vivienda a su estado anterior, si así se lo exigiera el arrendador», parecería que excluyen las obras que tengan por objeto asegurar la accesibilidad al resto de los edificios o edificaciones que se integran en la finca o fincas arrendadas, o en la explotación agrícola, ganadera o forestal objeto del contrato (accesibilidad a las cuadras, a los establos, a la granja, a los almacenes de grano, etc.). A mi juicio, esta limitación no parece razonable, pues si la finalidad de la ley es favorecer que las personas con discapacidad puedan tener una vida independiente ya sea vivir en la finca rústica arrendada o prestar en ella sus servicios, ya sea como empresarios o trabajadores autónomos (arrendatario, cónyuge o pareja *more uxorio*, familiares de estos), o ya sean las personas que realizan sus servicios mediante la correspondiente retribución económica, como trabajadores conforme al derecho laboral, o de forma altruista o voluntaria, debe aceptarse una interpretación amplia que faculte al arrendatario para realizar aquellas obras de accesibilidad que sean adecuadas aunque no se realicen dentro de la vivienda propiamente dicha. Lo contrario conduciría a excluir a muchas personas discapacitadas que podrían prestar sus servicios en una finca o en una explotación rústica, objeto de un arrendamiento rústico, por el simple hecho de que no podrían acceder a los diferentes elementos inmobiliarios de la finca.

En este sentido, entiendo que las expresiones «en el interior de los edificios de la finca que le sirvan de vivienda», que los servicios se presten

«en la vivienda enclavada en la finca rústica» y la obligación de «reponer la vivienda a su estado anterior» al término del arrendamiento, que utiliza el precepto, responden más bien a una mera reproducción poco meditada de los términos del artículo 24 LAU, y no a la voluntad del legislador de excluir las obras de accesibilidad en otros elementos inmobiliarios de la finca rústica arrendada.

De no aceptarse la interpretación que defendemos se llega al absurdo de que solo se admitirían las obras de accesibilidad en la parte de la finca o fincas arrendadas destinada a «vivienda» del arrendatario o de su familia, que, por definición, en un arrendamiento rústico es lo secundario o accesorio, ya que lo que define y caracteriza el arrendamiento rústico es, precisamente, que la finca o fincas cuyo uso es objeto de la cesión temporal, se celebra con la finalidad de que sirva para el «aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal a cambio de un precio o renta» (art. 1.1 LAR), o cuando lo que se cede es un establecimiento industrial rústico (explotación agrícola, ganadera o forestal) (art. 1.3 LAR).

En el arrendamiento de vivienda (art. 24 LAU), lógicamente, lo único que se cede es el uso de la vivienda, con la finalidad de que el arrendatario pueda satisfacer su necesidad permanente de vivienda (art. 2.1 LAU), por ello es lógico que las obras de accesibilidad, al menos las que puede consentir el arrendador, se realicen «en el interior de la vivienda», ya que las que afecten a elementos externos a la vivienda arrendada, sobre todo si la vivienda pertenece a un edificio en propiedad horizontal, serán elementos comunes y no están a la libre disponibilidad del arrendador. En este contexto, el artículo 24 LAU, dictado en el ámbito de los arrendamientos urbanos, solo puede facultar al arrendatario a realizar las obras de accesibilidad que tengan por objeto el interior de la vivienda.

Sin embargo, en el arrendamiento rústico no tiene lógica que el artículo 21.2.º LAR faculte para realizar las obras de accesibilidad únicamente en la parte de la finca arrendada que se destine a la vivienda del arrendatario, cuando la vivienda en este arrendamiento es lo accesorio o secundario, ya que se arrienda la finca o fincas no para vivir sino para que el arrendatario pueda destinarlas a su actividad agrícola, ganadera o forestal (art. 1.1 LAR) o para que haga uso de la explotación agrícola, ganadera o forestal objeto del contrato (art. 1.3 LAR).

Finalmente, cabe señalar que las obras que se autorizan solo serán posibles «siempre que no provoquen una disminución de la estabilidad o seguridad del edificio». No menciona el requisito de que no afecten a los elementos o servicios comunes del edificio, como hace el artículo 24.1 LAU, en la idea de que al hallarnos ante fincas rústicas normalmente no existirá una propiedad horizontal, pero en el caso de que se diera esta situación, parece razonable que opere dicha limitación. Si el propietario (arrendador) está sujeto a los límites y limitaciones de la LPH, con mayor razón debe estarlo el arrendatario que trae causa de él.

4. LEY 15/1995, DE 30 DE MAYO, SOBRE LÍMITES DEL DOMINIO SOBRE INMUEBLES PARA ELIMINAR BARRERAS ARQUITECTÓNICAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Con la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, y según declara su propia Exposición de Motivos, el legislador, haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 33 CE, delimita el contenido del dominio sobre los inmuebles en atención a la función social de la propiedad, con la finalidad de «facilitar la movilidad de las personas minusválidas mediante la progresiva eliminación de las barreras arquitectónicas» y, de este modo, dar satisfacción a los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 49 y 47 CE.

La falta de rigor técnico de la ley exige una labor exegética que sistematice las normas que contiene. En este sentido, podemos resumir el contenido de la ley en los siguientes apartados:

a) *Ámbito objetivo de aplicación de la ley. Inmuebles a los que se aplica.* Aunque la ley emplea a lo largo de su articulado las expresiones obras de adecuación de «fincas urbanas» (art. 1.2) o de «finca urbana» (arts. 3.1 y 7.1.º), obras de reforma en el interior de la «finca urbana» [artículo 3.1.b)], titulares de «fincas urbanas» (art. 2.1) o propiedad de la «finca urbana» (art. 7.2.º), con lo cual parece que distinguiría entre obras efectuadas en fincas urbanas, únicas incluidas en el ámbito objetivo de aplicación de la Ley 15/1995, y obras realizadas en fincas no urbanas (fincas rústicas), que quedarían excluidas de la ley, la cuestión debe resolverse partiendo del mismo criterio que tradicionalmente ha presidido en nuestro ordenamiento la interpretación de la legislación de arrendamientos urbanos, en la que finca urbana no es la finca que se ubica en la ciudad (urbana viene del latín *urbs*, *urbis*, ciudad) o en un suelo calificado urbanísticamente como urbano, por contraposición a la finca rústica que se ubicaría en el campo o en suelo no urbano. Como es sabido, para la LAU finca urbana (art. 1 LAU) es un concepto equivalente a «edificación», de modo que si el arrendamiento tiene como uso o destino primordial satisfacer la necesidad permanente de vivienda o habitación del ser humano («edificación habitable» del artículo 2.1 LAU), estamos ante el arrendamiento de vivienda, y si el destino primordial de la edificación (aunque no sea «habitabile») es un uso distinto del de vivienda o habitación del arrendatario, estamos ante un arrendamiento para uso distinto del de vivienda (art. 3.1 LAU). Razón por la cual, puede ser objeto de un arrendamiento urbano y, por consiguiente, calificarse a estos efectos la finca arrendada como finca urbana (art. 1 LAU), aquella edificación que se alquila para destinarla a vivienda (arrendamiento de vivienda: art. 2.1 LAU) o a una actividad distinta de la habitacional pero distinta de su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal (por ejemplo, venta de objetos turísticos o *souvenir*) (arrendamiento para uso distinto del de vivienda: art. 3 LAU), aunque se encuentre ubicada en mitad del campo y en un suelo calificado urbanísticamente

como no urbano (art. 7 LAR). Todo lo cual permite concluir que para la Ley 15/1995, finca urbana equivale a edificación o edificio que se destina al uso de vivienda o a un uso distinto del de vivienda, que por ser utilizado por una persona con discapacidad necesita obras de adaptación o de accesibilidad. Este criterio interpretativo se refuerza todavía más desde la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, que modificó la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, que añadió un segundo párrafo al artículo 21 LAR que viene a ser el equivalente al artículo 24 LAU para los arrendamientos rústicos.

Incomprensiblemente, el texto del artículo 1.2 parece reducir el ámbito de aplicación de la Ley 15/1995 a las «fincas urbanas» (con el significado que hemos señalado), «si están destinadas a usos distintos del de vivienda» (art. 1.2), con lo cual aparentemente si la «finca urbana» está destinada al uso de vivienda no estaría dentro del campo de aplicación de la ley. El legislador llega a esta absurda conclusión al considerar que cuando la «finca urbana» está destinada a vivienda de su propietario, al poder hacer estas obras que estime oportuno en el interior de su vivienda, precisamente por ser titular del dominio, no necesita ninguna habilitación especial, por eso solo contempla la situación de las viviendas arrendadas, en la consideración de que en este caso, de «finca urbana» arrendada para el uso de vivienda (arrendamiento de vivienda), las obras de accesibilidad se podrán realizar a petición del arrendatario a través del procedimiento previsto en el artículo 24 LAU, siendo esta la razón de que este supuesto esté excluido del ámbito de aplicación de la ley (art. 2.3).

Este planteamiento, sin embargo, resulta inconsistente si se tiene en cuenta que la ley parece permitir al propietario, que es uno de los beneficiarios de la ley (art. 2.1), realizar obras de adecuación de la «finca urbana», si está destinada por su propietario a un uso distinto del de vivienda.

Parece como si el legislador pensase que si la «finca urbana» está destinada por su propietario a vivienda, dado que el propietario es uno de los beneficiarios de la ley (art. 2.1), solo podrá acudir a la Ley 15/1995, cuando su vivienda pertenezca a un edificio dividido en propiedad horizontal, en cuyo caso podrá exigir las obras de accesibilidad necesarias para comunicar su vivienda con el exterior, o dicho en las palabras de la ley, para realizar obras que impliquen una «modificación de elementos comunes del edificio que sirvan de paso necesario entre la finca urbana y la vía pública, tales como escaleras, ascensores, pasillos, portales o cualquier otro elemento arquitectónico, o las necesarias para la instalación de dispositivos electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior» (art. 1.2).

Con esta forma de pensar olvida el legislador que en la situación de propiedad horizontal, puede ocurrir que la adaptación de una vivienda para su uso por el propietario que sea persona con discapacidad podría necesitar alterar los elementos privativos de la vivienda pero de modo que supongan una alteración de su configuración o estado exterior, (art. 7.1.1.º LPH), por ejemplo, abrir una

puerta en uno de los tabiques que separan la vivienda de la escalera común del edificio, en cuyo caso no se modificaría ningún elemento común, simplemente, se modificaría la configuración o estado exterior de un elemento privativo.

Igualmente, en el caso de una vivienda ocupada por el usufructuario que sea persona discapacitada o mayor de setenta años, permitirle hacer las obras de accesibilidad mediante la fórmula de remitirle al artículo 24 LAU (disposición adicional única), parece una medida excesivamente alambicada, máxime cuando en el artículo 2.1 califica expresamente al usufructuario como uno de los beneficiarios «de las medidas previstas en la presente ley» por lo que ya lo considera una persona directamente beneficiada por la ley.

b) *Ámbito subjetivo de aplicación de la ley. Beneficiarios de la ley.* El propio título de la ley evidencia que nos hallamos ante una norma que se dicta para establecer unos límites al dominio con la finalidad de proteger a las personas con discapacidad. Desde esta óptica parece razonable afirmar que la situación que regula la ley se basa en la relación jurídica que se da entre un propietario (titular del dominio), que sería el sujeto pasivo de la ley y una persona con discapacidad, que sería el sujeto activo o beneficiario de las medidas que establece la ley. Así lo revela el artículo 4.1 cuando coloca en el lado pasivo al titular del dominio que se va a ver afectado por las obras de accesibilidad que se proponen (propietario, comunidad de propietarios o, en su caso, mancomunidad de propietarios), y en el lado activo al solicitante de las medidas.

Este enfoque no debe perderse de vista a la hora de interpretar y aplicar la ley, dada la confusa regulación de la materia que establece. El artículo 2.1 de la Ley 15/1995 califica expresamente como «beneficiarios de las medidas previstas en la presente ley», a los que sean titulares de un finca urbana en calidad de propietarios, arrendatarios, subarrendatarios o usufructuarios, o usuarios.

El término usuario no está empleado en el sentido estricto de titular de un derecho real de uso, aunque, lógicamente debe estar incluido tanto el titular del derecho real de uso como el titular de un derecho real de habitación (habitationista) (art. 524 del Código Civil), ya que si están incluidos el usufructuario (titular de un derecho real limitado) y el arrendatario (titular de un derecho de crédito), lógicamente también deben estar incluidos el titular del derecho real de uso, que no es más que un derecho de usufructo pero limitado a las necesidades del usuario y de su familia, y el habitacionista que es titular de un derecho real de goce más sólido y de mejor naturaleza que el derecho del arrendatario.

La ley parte de un concepto muy amplio de usuario, que lo hace equivalente a persona que usa la «finca urbana», bien por ser el cónyuge o pareja *more uxorio* que conviva con el «titular» (sic) de la misma (propietario, usufructuario, usuario, habitacionista, arrendatario, subarrendatario), de modo permanente, o familiar de ellos, que igualmente deberá convivir con ellos de forma permanente, aunque la ley no lo diga, porque de no admitirse este requisito resultaría que

sería de mejor condición el familiar que el cónyuge o la pareja de hecho, al que la ley le exige la convivencia de forma permanente.

También considera la ley usuario al trabajador vinculado por una relación laboral con el «titular», con lo que parece que si el trabajador lo es del cónyuge, del conviviente *more uxorio* o de sus familiares, no está beneficiado por la ley. Vemos, por tanto, que la Ley 15/1995 es más restrictiva que el artículo 21 LAR, ya que este artículo permite ser beneficiario de las obras de accesibilidad a la persona que presta sus servicios de forma gratuita o altruista o voluntaria (voluntariado).

Evidentemente, para que las personas que hemos mencionado puedan ser beneficiarias de las obras de accesibilidad que la ley autoriza, se exige inexcusablemente que nos hallemos ante personas con discapacidad («minusvalía», «minusválidos», «minusválido», con terminología hoy superada) o mayores de setenta años (art. 1.3).

c) *Obras que autoriza la ley.* Con las precisiones que ya hemos hecho al delimitar el ámbito objetivo, podemos sistematizar la terminología que utiliza la ley [arts. 1.2 y 3.b)], concluyendo que las obras que la ley autoriza son todas aquellas que resulten adecuadas para que la persona con discapacidad o mayor de setenta años pueda usar el interior de la «finca urbana» (esté destinada a vivienda o a un uso distinto del de vivienda), o comunicar esta con la vía pública, ya sea físicamente eliminando las «barreras arquitectónicas» que pudieran representar las escaleras, las puertas, los ascensores, los pasillos, o los portales, etc., a fin de adecuarlos para el paso de sillas de ruedas, colocando rampas, ampliando las puertas, instalando sillas o plataformas salvaescaleras, etc., o instalando dispositivos electrónicos que permitan la comunicación de la vivienda con el exterior (telefonillo con luz para sordos, o con vibración para ciegos, etc.).

En todo caso, las obras exigibles son únicamente las que resulten adecuadas o proporcionadas para superar las «barreras arquitectónicas» que resultan de las circunstancias del inmueble en relación con limitaciones derivadas de la discapacidad o mayoría de setenta años invocadas, «siempre que las obras no afecten a la estructura o fábrica del edificio, que no menoscaben la resistencia de los materiales empleados en la construcción y que sean razonablemente compatibles con las características arquitectónicas e históricas del edificio».

Teniendo en cuenta la naturaleza de las obras que se incluyen en el ámbito objetivo de aplicación de la ley, cuando las obras tienen por objeto el interior de las viviendas, cabe distinguir dos situaciones:

1. Obras realizadas por el propietario. En rigor, este tipo de obras estarían excluidas de la Ley 15/1995 por la sencilla razón de que el propietario siempre ha podido, antes y después de la entrada en vigor de esta ley, realizar en el interior de la vivienda de su propiedad las obras que tenga por conveniente, ya sea para adaptar la vivienda a su propia discapacidad o a la de las perso-

nas que por voluntad del propietario conviven con él en la vivienda o usen de la misma en la forma que sea. En definitiva, el propietario de la vivienda, en su condición de tal, está facultado para hacer en su interior las obras que sean de su interés particular, en los términos que resultan del artículo 348 del Código Civil.

Esta circunstancia determina que la Ley 15/1995 solo tenga algún interés en este tipo de obras, cuando la «finca urbana» (vivienda o local) privativa pertenece a un edificio en régimen de propiedad horizontal. En este caso, debemos recordar que, conforme al párrafo primero del artículo 7.1 LPH, cada propietario puede realizar en su piso o local privativo y en sus elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios, las obras y modificaciones que tenga por conveniente, siempre que «no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad». Por esta razón, en el interior de su finca privativa puede realizar las obras de adaptación o de accesibilidad que estime procedentes siempre que respete lo citados límites del artículo 7.1.1.º LPH. Por ello, acaso en este supuesto la Ley 15/1995 podrá tener virtualidad en lo dispuesto en el artículo 3.1.b) según el cual se autorizan las obras de adecuación a la discapacidad siempre que «no afecten a la estructura o fábrica del edificio, que no menoscaben la resistencia de los materiales empleados en la construcción y que sean razonablemente compatibles con las características arquitectónicas e históricas del edificio», en la medida en que son unos límites *específicos* distintos de los límites *generales* marcados por el artículo 7.1.1.º LPH, por lo que podría darse el caso, un tanto difícil pero posible, de que el propietario no pudiera realizar las obras conforme a los límites del artículo 7.1.1.º LPH pero si conforme a los límites del artículo 3.1.b) de la Ley 15/1995.

2. Obras realizadas por una persona distinta del propietario. La Ley 15/1995 excluye de su ámbito de aplicación este tipo de obras cuando nos hallamos ante una «finca urbana» objeto de un arrendamiento de vivienda (art. 2.3), en la consideración un tanto simplista de que la vivienda que no está ocupada por su propietario solo puede estar cedida en arrendamiento, razón por la cual las obras de acondicionamiento, de adaptación o de accesibilidad realizadas en el interior de la vivienda deberá someterse al régimen de las obras reguladas en el artículo 24 LAU, que, como sabemos, autoriza al arrendatario a efectuar las obras de adecuación de la vivienda arrendada a la condición de discapacidad del arrendatario o de las personas que con él convivan en la finca. La ley, además, extiende el régimen previsto para el arrendatario ahora también al usufructuario de la vivienda (disposición adicional única). Incomprendiblemente, se olvida del habitacionista que, a nuestro juicio, debe considerarse también incluido en la norma ya que si está incluido (por remisión al art. 24 LAU) el arrendatario, que es el titular de un derecho de crédito sobre la vivienda, con mayor razón



debe estarlo el habitacionista que es titular de un derecho real, máxime cuando se ha querido también incluir en el mismo régimen al usufructuario.

d) *Gastos de las obras de accesibilidad y reposición de la finca a su estado anterior.* El artículo 7 establece que los gastos que originen las obras de adecuación o accesibilidad correrán a cargo del solicitante, sin perjuicio de las ayudas, exenciones fiscales o subvenciones que pueda obtener de la Administración. Por tanto, el propietario afectado por las obras (propietario, comunidad de propietarios), solo está obligado a tolerar las obras correspondientes, nos hallamos ante una obligación pasiva de las denominadas de tolerancia.

El artículo 7 establece que las obras, una vez realizadas, quedarán en beneficio de la propiedad de la finca urbana, es decir, del propietario de la «finca urbana» o de la comunidad de propietarios a la que pertenecen los elementos comunes objeto de las obras. Con este mandato, queda excluido el eventual derecho del que haya realizado las obras de exigir una indemnización al propietario «beneficiado» por las obras, sin que tampoco pueda ejercer el *ius tollendi*, si la finca sufre detrimento al retirar las mejoras añadidas (*vide* art. 487 del Código Civil).

La ley, sin embargo, dispone que si las obras afectaron al interior, se entiende, de la vivienda, su propietario podrá exigir la reposición al estado anterior a las obras, una vez que el solicitante deje de ostentar los correspondientes derechos de goce sobre el inmueble.

e) *Procedimiento.* La ley establece un procedimiento que debe seguir el solicitante de las obras para poder realizar las obras de accesibilidad, que describe en varios artículos (art. 3.3, 4, 5 y 6), que podemos sistematizar en las siguientes fases:

1. El solicitante (el beneficiario de las obras) deberá notificar al propietario de los elementos inmobiliarios sobre los que se van a ejecutar las obras de accesibilidad, esto es, al propietario del edificio (si no existe propiedad horizontal), y si existe propiedad horizontal al propietario del piso o local, si las obras van a afectar a este elemento privativo, o a la comunidad de propietarios (o mancomunidad) si las obras recaerán sobre los elementos e instalaciones comunes del edificio, su voluntad de realizar las obras y a tal efecto deberá manifestar<sup>8</sup>:

a) El tipo de discapacidad o la situación de ser mayor de setenta años, que motiva la actuación, aportando el correspondiente certificado que acredite la discapacidad que se alega o el certificado del Registro Civil que acredite ser mayor de setenta años.

b) La naturaleza de las obras que se pretenden realizar y si fuera preceptivo el oportuno proyecto técnico.

2. Recibida la notificación el propietario o la comunidad de propietarios, dispone de un plazo de sesenta días, que serán naturales (art. 5.2 del Código Civil), en el que estará obligado a contestar por escrito en un triple sentido: (i)

consintiendo las obras propuestas, (ii) oponiéndose a las mismas pero de forma «razonada» o (iii) proponiendo soluciones alternativas.

El silencio del propietario, dejando transcurrir los sesenta días sin contestar nada, determina el consentimiento a las obras propuestas que podrán iniciarse una vez obtenidas las licencias y autorizaciones administrativas precisas. Por ello, la oposición comunicada fuera del plazo de los sesenta días, o la oposición no «razonada», sin expresar las razones de la oposición, carecerán de eficacia y no impedirán la realización de las obras.

3. Si se proponen soluciones alternativas a las propuestas por el solicitante, este está obligado a comunicar su conformidad o disconformidad con ellas.

4. Comunicada la oposición razonada en tiempo y forma del propietario a las obras propuestas por el solicitante, o expresada por este su disconformidad a las soluciones alternativas propuestas, el solicitante podrá acudir a la vía judicial mediante la oportuna demanda civil solicitando que el propietario demandado sea condenado a tolerar las obras propuestas.

5. La demanda deberá tramitarse por los trámites del juicio verbal, al no haber sido derogado este mandato del artículo 6 por la LEC (Ley 1/2000).

#### IV. LAS OBRAS DE ACCESIBILIDAD UNIVERSAL EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL

La finalidad de favorecer el derecho de accesibilidad universal a las personas con discapacidad en el ámbito de la propiedad horizontal, históricamente ha motivado diversas modificaciones de la LPH (Ley 49/1960, de 21 de julio); Ley 3/1990, de 21 de junio (*BOE* del 22 de junio); Ley 8/1999, de 6 de abril (*BOE* del 8 de abril); Ley 51/2003, de 2 de diciembre (*BOE* del 3 de diciembre); Ley 26/2011, de 1 de agosto (*BOE* del 2 de agosto). El último hito en esta trayectoria lo representa la Ley 8/2013, de 26 de junio (*BOE* del 27 de junio), que ha introducido en la LPH la nueva regulación de las obras de accesibilidad, que es la vigente que vamos a estudiar.

En la redacción que le ha dado la Ley 8/2013, la LPH se refiere a las obras de accesibilidad universal en los artículos 10.1.a), 10.1.b), 17.2 y 17.4, con una ordenación confusa y compleja de interpretar. Tratando de clarificar conceptos y de sistematizar la materia podríamos afirmar que la nueva regulación legal de las obras de accesibilidad pone de manifiesto que nos hallamos ante un claro ejemplo de lo que la doctrina denomina mejoras sociales, ya que siendo evidente que no estamos ante un acto necesario, es decir, ante obras de conservación [sin perjuicio de lo que luego digamos sobre el artículo 10.1.a) LPH], sino ante obras de mejora, sin embargo, a diferencia del régimen propio y genuino de las mejoras que son siempre voluntarias, en este caso, por razón del interés social que supone la protección de las personas con discapacidad y

con la finalidad de asegurar la igualdad de oportunidades y la vida independiente de estas personas, establece un sistema que hace obligatorias ciertas obras de accesibilidad [art. 10.1.a) y b) LPH], o dulcifica el régimen general de adopción de los acuerdos en materia de mejoras o innovaciones previsto en el artículo 17.4 LPH, cuando se trata de obras que tienen por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con discapacidad, incluida la instalación de los servicios de ascensor (art. 17.2 LPH).

De este modo, cabe diferenciar dos tipos de obras de accesibilidad a las que podemos denominar, respectivamente, obras de accesibilidad menores u obligatorias, que serían las que se regulan en el artículo 10.1.b) LPH [y en el artículo 10.1.a) LPH], y obras de accesibilidad mayores o voluntarias, que serían las reguladas en el artículo 17.2 LPH<sup>9</sup>.

## 1. LAS OBRAS DE ACCESIBILIDAD MENORES U OBLIGATORIAS

### A) *El concepto legal de obras de accesibilidad obligatorias*

El artículo 10.1.a) y b) LPH dispone lo siguiente:

«Tendrán carácter obligatorio y no requerirán de acuerdo previo de la Junta de propietarios, impliquen o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, y vengan impuestas por las Administraciones Públicas o solicitadas a instancia de los propietarios, las siguientes actuaciones:

a) Los trabajos y las obras que resulten necesarias para el adecuado mantenimiento y cumplimiento del deber de conservación del inmueble y de sus servicios e instalaciones comunes, incluyendo en todo caso, las necesarias para satisfacer los requisitos básicos de seguridad, habitabilidad y accesibilidad universal, así como las condiciones de ornato y cualesquiera otras derivadas de la imposición, por parte de la Administración, del deber legal de conservación.

b) Las obras y actuaciones que resulten necesarias para garantizar los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal y, en todo caso, las requeridas a instancia de los propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años, con el objeto de asegurarles un uso adecuado a sus necesidades de los elementos comunes, así como la instalación de rampas, ascensores u otros dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la orientación o su comunicación con el exterior, siempre que el importe repercutido anualmente de las mismas, una vez descontadas las subvenciones o ayudas públicas, no exceda

de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes. No eliminará el carácter obligatorio de estas obras el hecho de que el resto de su coste, más allá de las citadas mensualidades, sea asumido por quienes las hayan requerido».

El texto transcrito evidencia la duplicidad con la que la ley regula las obras de accesibilidad universal ya que las contempla tanto en el apartado a) como en el apartado b) del artículo 10.1 LPH.

Tratando de ofrecer una interpretación que pueda dar virtualidad normativa a ambos apartados, sin crear antinomias o contradicciones entre ellos, entendemos que deben ser entendidos en el sentido que pasamos a exponer.

El artículo 10.1.a) LPH califica como obras de conservación, «en todo caso» (sic), entre otras, «las necesarias para satisfacer los requisitos básicos de [...] accesibilidad universal». Para entender este mandato debemos remitirnos al artículo 3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que bajo la rúbrica «requisitos básicos de la edificación», incluye dentro de los requisitos «relativos a la funcionalidad» de los edificios [art. 3.1.a)], el apartado a.2) con este contenido: «Accesibilidad, de tal forma que se permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio en los términos previstos en su normativa específica».

Esta «normativa específica» vendría representada por las llamadas «condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación» creadas por la Ley 51/2003, hoy contempladas en el TRLGDPD (art. 23), en cuyo desarrollo se han dictado el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, y el Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, que han determinado la incorporación al Código Técnico de la Edificación (CTE) del Documento Básico SUA (Seguridad de Utilización y Accesibilidad), cuya Sección SUA 9, recoge las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad que son obligatorias para los edificios.

De este modo, cuando lo que se pretenda exigir sea el cumplimiento de estas condiciones de accesibilidad obligatorias en virtud de su «normativa específica» (la que resulta del referido Documento Básico del Código Técnico de la Edificación y de lo dispuesto en el mencionado TRLGDPD), al hallarnos ante actos debidos, su obligatoriedad podrá ser exigida al amparo de esta normativa específica por la Administración Pública competente, por vía administrativa, o por los particulares ante la jurisdicción civil (arts. 75 y 76 TRLGDPD), o por los propietarios del edificio de conformidad con lo previsto en el artículo 10.1.a) LPH, considerando que se trata de «obras de conservación» en la medida en que su finalidad es mantener el edificio en las condiciones técnicas de accesibilidad que son obligatorias por imperativo de la referida «normativa específica» de accesibilidad universal.

Bajo esta interpretación, el artículo 10.1.b) LPH se configuraría como un instrumento residual que facultaría a los propietarios interesados para exigir a

la comunidad de propietarios (todos los propietarios que integran la propiedad horizontal, ya que la comunidad carece de personalidad jurídica), la realización de aquellas obras de accesibilidad que resulten procedentes, en la idea, quizás un tanto quimérica, de que las obras de accesibilidad obligatorias por virtud de la normativa específica sobre la materia, ya estarán cumplidas. Dicho en otras palabras, las obras de accesibilidad que regula el artículo 10.1.b) LPH se concebirían como un *plus* que se añade a las obras de accesibilidad ya obligatorias por virtud de su normativa específica, y cuya ejecución puede ser exigida por la vía administrativa procedente o, subsidiariamente, al amparo del artículo 10.1.a) LPH.

Con este modo de entender los apartados a) y b) del artículo 10.1 LPH, podría entenderse resuelta la aparente antinomia o contradicción que resulta en otro caso del texto de ambas normas, no sin reconocer que en la inmensa mayoría de los casos, las obras que se podrán solicitar al amparo del artículo 10.1.b) LPH, en realidad, ya estarían cubiertas por el artículo 10.1.a) LPH. Es más, cabría preguntarse si realmente el artículo 10.1.b) LPH permite exigir obras de accesibilidad distintas de las que, por ser obligatorias conforme a la normativa específica sobre accesibilidad, ya están cubiertas por el artículo 10.1.a) LPH.

En este sentido, resulta esencial atender a lo que se establece en el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (*BOE* del 31 de octubre) (en adelante *TRLSRU*), ya que este texto (que deroga, entre otros, los artículos 1 a 19 de la Ley 8/2013), tras definir como «infravivienda», entre otros, aquellos inmuebles «que no cumplan los requisitos mínimos de [...] accesibilidad universal [...] exigibles a la edificación» (art. 2.2), define como «(a)justes razonables: las medidas de adecuación de un edificio para facilitar la accesibilidad universal de forma eficaz, segura y práctica, y sin que supongan una carga desproporcionada. Para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que su adopción podría representar, la estructura y características de la persona o entidad que haya de ponerla en práctica y la posibilidad que tengan aquellas de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda. Se entenderá que la carga es desproporcionada, en los edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal, cuando el coste de las obras repercutido anualmente, y descontando las ayudas públicas a las que se pueda tener derecho, exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes» (art. 2.5).

Con esta definición vemos que para el legislador las únicas obras de accesibilidad que parece que pueden ser exigidas por la Administración son aquellas cuyo coste de ejecución para la comunidad de propietarios, una vez descontadas las ayudas públicas que puedan concederse, no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes. Con este mandato, llegamos a la conclusión de que las obras de accesibilidad que podrían encontrar cobijo en el artículo 10.1.a)

LPH, vienen a coincidir, al menos en el tope económico que las convierte en obligatorias, con las obras de accesibilidad previstas en el artículo 10.1.b) LPH. Como vemos, la confusión de ideas y falta de rigor técnico que caracteriza la Ley 8/2013 conduce inevitablemente a la incertidumbre y a la falta de seguridad jurídica que resulta del texto de los artículos 10.1.a) y 10.1.b) LPH, que convendría subsanar legislativamente en el futuro.

Dicho lo anterior, debemos entrar ya en la determinación de las obras de accesibilidad que se incluyen en el precepto que nos ocupa. En este sentido, el artículo 10.1.b) LPH define las obras de accesibilidad obligatorias con una redacción un tanto confusa y farragosa que dificulta su interpretación.

Comienza declarando obras de accesibilidad aquellas «que resulten necesarias para garantizar los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal».

Para desentrañar el significado de este mandato legal es obligado acudir a la definición legal de los conceptos «accesibilidad universal» y «ajustes razonables» que se incluyen en el elenco de definiciones del artículo 2 del TRLGDPD, según el cual la accesibilidad universal «es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse» [art. 2.k)]. Por su parte, ajustes razonables, «son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos» [artículo 2.m)]. Para concretar la proporcionalidad de las obras resulta de interés la norma contenida en el artículo 66.2 del referido TRLGDPD que establece que «(a) efectos de determinar si un ajuste es razonable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.m), se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda».

Evidentemente, las anteriores definiciones deben ser ahora completadas con la definición legal de «ajustes razonables» que se establece en el transcrito artículo 2.5 TRLSRU, que solo debe ser tenida en cuenta, «siempre que de la legislación específicamente aplicable no resulte otra definición más pormenorizada» (art. 2).

Tratando de simplificar esta descripción legal podríamos afirmar que en el ámbito de la propiedad horizontal obras de accesibilidad universal son aquellas

obras o actuaciones que resulten necesarias para adaptar o acondicionar razonablemente el inmueble a las peculiaridades de las personas con discapacidad, con la finalidad de que puedan acceder y utilizar los elementos, servicios e instalaciones comunes del edificio con plena autonomía y en igualdad de condiciones con las demás personas, siempre que no resulten desproporcionadas.

A los efectos de las obras de accesibilidad, sin embargo, persona con discapacidad no son solo las personas que tienen reconocida oficialmente un determinado grado de discapacidad, en los términos previstos en el artículo 4.2 del TRLGDPD<sup>10</sup>, ya que este texto, en su artículo 4.1 dispone que «(s)on 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».

Por consiguiente, para exigir la realización de una obra de accesibilidad bastará con acreditar que la condición subjetiva permanente de la persona para la que se solicite, al interactuar con las concretas circunstancias de los elementos comunes del edificio (escaleras, puertas estrechas, desniveles pronunciados, etc.), actúan como barrera u obstáculo que impiden su acceso o utilización en términos de igualdad con los demás. Por supuesto, si se tiene reconocida una determinada discapacidad (en los términos descritos en el artículo 4.2 del citado texto refundido), la aportación de esta prueba será innecesaria, bastará con aportar el certificado oficial correspondiente. En este punto, el artículo 10.1.b) LPH, reitera la equiparación de las personas mayores de setenta años con las personas discapacitadas ya establecida en el artículo 1.3 de la Ley 15/1995, luego reiterada en los artículos 24.1 LAU y 21.2.º LAR, por lo que bastará con acreditar que se han superado los setenta años para que haya que entender existente la situación de discapacidad que justifique la obra de accesibilidad.

Pero para que nos hallemos ante una obra de accesibilidad obligatoria el artículo 10.1.b) LPH exige que las obras sean «requeridas a instancia de los propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años, con el objeto de asegurarles un uso adecuado a sus necesidades de los elementos comunes, así como la instalación de rampas, ascensores u otros dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la orientación o su comunicación con el exterior».

De esta definición legal resulta que las obras de accesibilidad solo serán obligatorias si concurren los siguientes requisitos:

— que su realización sea requerida a instancia del propietario (o propietarios) de una vivienda o local. Por tanto, mientras no lo pida un propietario la obra no será obligatoria, lo cual contradice el primer párrafo del artículo 10.1 LPH, que las califica de obras que tienen «carácter obligatorio». Una vez más, la falta de técnica legislativa es patente. Si las obras de accesibilidad tienen «carácter obligatorio» *per se* por virtud de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo

lo 10.1 LPH, no se entiende como solo serán obligatorias si son requeridas o solicitadas por un propietario. En consecuencia, en este punto, el artículo 10.1.b) LPH se diferencia de la Ley 15/1995, en la que la obra de accesibilidad puede ser exigida por cualquier persona con discapacidad que sea «usuario» de la finca urbana (art. 2), en los términos tan amplios que se entiende por tal.

— que en la vivienda o local del propietario que solicita la obras de accesibilidad, vivan, trabajen o presten servicios voluntarios personas con discapacidad o mayores de setenta años (por servicios voluntarios debe entenderse personas que, de modo gratuito o altruista, prestan servicios del llamado «voluntariado», a entidades sin ánimo de lucro, como una ONG, una asociación de personas con discapacidad, etc.).

En todo caso, la obra de accesibilidad debe ser adecuada para eliminar la barrera u obstáculo que impide el acceso o utilización igualitaria del elemento o instalación común correspondiente. A este requisito se refiere la ley cuando establece que la obra de accesibilidad debe estar dirigida a asegurar a las personas con discapacidad, o mayores de setenta años, «un uso adecuado a sus necesidades de los elementos comunes».

El artículo 10.1.b) LPH cita, a mero título de ejemplo, como actuaciones u obras incluidas en su ámbito de aplicación, «la instalación de rampas, ascensores u otros dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la orientación o su comunicación con el exterior», por tanto, están comprendidas en la norma actuaciones tales como instalar una silla salvaescaleras, colocar una barandilla, la instalación de un telefonillo con detector de llamadas mediante señales luminosas o con vibración para sordos, la modificación o ampliación de las puertas para permitir el paso de sillas de ruedas, indicaciones con escritura en Braille, etc.

Además, debe ser una medida que no resulte desproporcionada, para lo que se deberá ponderar la finalidad perseguida con los medios o sacrificios necesarios para lograrla. Si no existe equilibrio entre ambos elementos, entonces las obras o actuaciones serán desproporcionadas y, por ende, no serán obligatorias.

El propio legislador ha establecido un criterio de proporcionalidad que atiende al coste económico de la obra o instalación que se pretende realizar. Para que la actuación u obra de accesibilidad pueda encontrar cobijo en el artículo 10.1.b) LPH y, por ende, sea obligatoria, es necesario que su coste de instalación o ejecución «no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes». Este tope legal debe estar referido al coste económico total de implantación de la actuación u obra que se pretende realizar. Así lo confirmaría el derogado artículo 10.2 LPH, en la redacción que le dio la Ley 26/2011, de 1 de agosto, que hablaba expresamente de «importe total». A igual resultado se llega ahora a la vista del transcrito artículo 2.5 TRLSRU.

Algún autor (LALANA DEL CASTILLO, 2103, 133 y 135), sin embargo, atendiendo a que el texto del derogado artículo 10.2 LPH, se refería al «importe total», mientras que el actualmente vigente se remite al «importe repercutido



anualmente», parece sugerir que se respetaría el tope legal con tal de que cada año la cantidad repercutida individualmente a cada propietario no supere el importe de las doce mensualidades ordinarias de gastos comunes. A mi juicio, esta interpretación no es aceptable, de admitirse implicaría que en la práctica sería muy fácil eludir el tope legal, bastaría con fraccionar el coste de la obra en los años que fueran necesarios para que la cantidad repercutida anualmente no superase el límite legal. En este punto, conviene recordar que la doctrina, en relación con las llamadas mejoras o innovaciones gravosas [arts. 10 LPH (Ley 49/1960) o 11 (Ley 8/1999)], venía considerando como un fraude de ley los acuerdos de la Junta que, con la finalidad de eludir el límite legal, aprobasen cada año una parte de la obra o el pago de una parte o fracción de su coste (*vide* art. 6.4 Código Civil).

Para calcular el tope legal debemos acudir al presupuesto anual de la comunidad de propietarios y así determinar cuáles son los gastos que, por ser previsibles y periódicos o habituales, se incluyen en el presupuesto «ordinario» de gastos para atender al mantenimiento y funcionamiento corriente o normal de la comunidad [arts. 14.b) y 20.b) LPH]. Por ello, no estarán incluidos en este concepto aquellos gastos que, por no ser habituales o corrientes, tienen carácter extraordinario y, por ello, frecuentemente su financiación se realiza mediante la aprobación de derramas especiales y finalistas que se añaden a las derramas o cuotas ordinarias de la comunidad (reparaciones extraordinarias, como obras de pocería, reforma del portal, reparación de las fachadas o de la cubierta del edificio, etc.).

No obstante, el parámetro a tener en cuenta no es el importe total del presupuesto anual de gastos ordinarios de la comunidad, como entiende equivocadamente algún autor (ECHEVERRÍA SUMMERS, 2014, 380). Si esto fuera así, salvo en comunidades muy modestas de presupuestos reducidos, prácticamente nunca se superaría el límite legal. Es más, la redacción actual del artículo 10.1.b) LPH, que se refiere al importe «repercutido anualmente» evidencia que lo relevante no es el total del presupuesto anual, si no el importe repercutido individualmente a cada propietario de dicho presupuesto anual. Por tanto, parece claro que a lo que hay que atender es a la cantidad que individualmente se repercute a cada propietario, resultado de la distribución entre los propietarios, del presupuesto anual de gastos ordinarios, conforme a su respectiva cuota de participación en la propiedad horizontal o a lo especialmente establecido en los estatutos [art. 9.1.e) LPH], es decir, habrá de estarse a la cantidad que por cuotas ordinarias de gastos generales o de comunidad debe pagar mensualmente cada propietario. La ley habla de mensualidades pero nada impide que los gastos se repercutan a los propietarios no por meses sino por bimestres, trimestres o semestres. Lo decisivo es la cantidad que resulte de sumar todas las cuotas «ordinarias de gastos comunes» del año (doce meses).

Pero como, normalmente, no todos los propietarios contribuyen a los gastos comunes con la misma cantidad, ya que su contribución dependerá de su respectiva cuota de participación en la propiedad horizontal o de lo especialmente establecido en los estatutos [art. 9.1.e) LPH], el tope legal deberá estar referido a las cuotas ordinarias de gastos comunes que deba pagar el propietario que menos gastos comunes pague al año (doce mensualidades), es decir, que la cantidad que constituye el tope legal viene representada por aquella que no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes, fijadas en el presupuesto anual para el propietario que menos contribuye a los gastos de comunidad. Si no se acepta esta interpretación resultaría que se protegería más a los propietarios que pagan más gastos anualmente que a los que pagan menos.

A efectos de fijar el tope legal se deben descontar del coste económico de la obra de accesibilidad el importe de las subvenciones o ayudas públicas que reciba la comunidad por realizar la obra. Así, por ejemplo, si la cuantía de las doce mensualidades ordinarias de gastos comunes que debe pagar el propietario que menos gastos comunes paga asciende a 1.700 euros, y el coste de la actuación u obra de accesibilidad es el de 3.000 euros, pero se recibe una subvención o ayuda pública de 1.400 euros, el coste de la obra a computar no será el de 3.000 euros sino el que queda descontada la ayuda (3.000 - 1.400), esto es, 1.600 euros, ya que esta es la cantidad que, en definitiva, tendrá que abonar la comunidad de propietarios, luego la obra será obligatoria.

La ley establece, finalmente, que «(n)o eliminará el carácter obligatorio de estas obras el hecho de que el resto de su coste, más allá de las citadas mensualidades, sea asumido por quienes las hayan requerido». Esta confusa redacción, lo que en realidad quiere establecer es que si la cantidad que excede del tope legal es abonada por los propietarios que desean realizar la obra de accesibilidad, como, en definitiva, a la comunidad (a los propietarios que la integran) la obra solo le va a suponer un coste que no supera el límite legal, la obra será obligatoria para todos los propietarios. A estos efectos, hay que entender que cabe acumular las cantidades que se reciban por subvenciones o ayudas públicas y las que asuman los propietarios interesados en la obra, lo relevante es, como decimos, que a la comunidad la obra solo le cueste una cantidad que no exceda el tope legal.

Esta previsión legal, permite incluir en el ámbito objetivo del artículo 10.1.b) LPH cualquier obra de accesibilidad, convirtiéndola en obligatoria para la comunidad de propietarios sea cual sea su coste económico, siempre que el exceso del tope legal sea asumido por el interesado en la ejecución de la actuación u obra de accesibilidad de que se trate<sup>11</sup>, lo que convierte en prácticamente innecesaria, en el ámbito de la propiedad horizontal, la aplicación de la Ley 15/1995, como no sea el caso en el que el propietario de la vivienda o local se niegue a solicitar a la comunidad las obras correspondientes, ya que el artículo 10.1.b) LPH, como hemos visto, solo legitima al propietario de la unidad

inmobiliaria objeto de la propiedad separada para instar la realización de la actuación u obra de accesibilidad.

En estos casos, conforme a la Ley 15/1995, el usufructuario, arrendatario o usuario (en el sentido amplio de este concepto que utiliza dicha ley) de la vivienda o local que sea «minusválido con disminución permanente para andar, subir escaleras o salvar barreras arquitectónicas, se precise o no el uso de prótesis o de silla de ruedas» [art. 3.1.a)], podrá exigir la realización de las obras que impliquen la «modificación de elementos comunes del edificio que sirvan de paso necesario entre la finca urbana y la vía pública, tales como escaleras, ascensores, pasillos, portales o cualquier otro elemento arquitectónico, o las necesarias para la instalación de dispositivos electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior» (art. 2.2), «siempre que las obras no afecten a la estructura o fábrica del edificio, que no menoscaben la resistencia de los materiales empleados en la construcción y que sean razonablemente compatibles con las características arquitectónicas e históricas del edificio» [art. 3.b)].

*B) El carácter obligatorio de las obras de accesibilidad. El problema de no requerir el acuerdo de la Junta de propietarios*

Aunque el mandato contenido en el primer párrafo del artículo 10.1 LPH resulta aplicable a las actuaciones contempladas en las letras a) a d) de este artículo, lo vamos a analizar en este momento referido exclusivamente a la actuación consistente en las obras de accesibilidad, sin perjuicio de que lo que señalemos sea aplicable *mutatis mutandis* a las otras actuaciones que regula el precepto.

Pues bien, según el artículo 10.1.b) LPH la actuación consistente en obras de accesibilidad, «(t)endrán carácter obligatorio y no requerirán de acuerdo previo de la Junta de propietarios, impliquen o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, y vengán impuestas por las Administraciones Públicas o solicitadas a instancia de los propietarios».

Con esta declaración de obligatoriedad de las obras de accesibilidad universal el legislador pretende dar cumplimiento a los mandatos que resultan de los artículos 9.2 y 49 CE, que obliga a los poderes públicos a la adopción de aquellas medidas que resulten necesarias para lograr la integración social de las personas con discapacidad, favoreciendo la igualdad de oportunidades, no discriminación y vida independiente de estas personas. El artículo 10.1.b) LPH configura las obras de accesibilidad como una mejora social, es decir, como un acto que no siendo, en principio, un acto de conservación del edificio [debemos ahora olvidarnos del art. 10.1.a) LPH], por lo que no es necesario, sin embargo resulta obligatoria por la finalidad social señalada.

La obligatoriedad de las obras de accesibilidad *ex* artículo 10.1.b) LPH determina que pueden ser exigidas por cualquier propietario. Además, la Administración Pública también podrá exigir su ejecución cuando sean obligatorias conforme a la normativa específica de accesibilidad, en este caso al amparo del artículo 10.1.a) LPH.

En todo caso, esta obligatoriedad de las obras de accesibilidad produce, en el ámbito de la propiedad horizontal, que nos hallaremos ante un acto debido, lo que se traduce en que su ejecución podrá ser aprobada por la Junta de propietarios con la mayoría simple o relativa (art. 17.7 LPH) ya que nos hallaríamos ante un acto de mera administración de la comunidad, pues, en definitiva, el acuerdo que las aprueba no hace otra cosa que aplicar la legalidad, aunque impliquen la modificación del título constitutivo o de los estatutos, por lo que, en defecto de acuerdo o pasividad de la Comunidad de propietarios, podrán ser acordadas judicialmente a instancia de cualquier propietario o, en su caso, por la Administración Pública competente.

Mayores problemas plantea el mandato legal según el cual al ser actos obligatorios no requerirán de acuerdo previo de la Junta de propietarios. Este mandato pone de manifiesto, a nuestro juicio, la falta de rigor técnico del legislador y su alejamiento de la lógica y del sentido común, que evidencia incluso al tener que reconocer finalmente, por la fuerza de las cosas, en el artículo 10.2.a) LPH que las obras pertinentes «(s)erán costeadas por los propietarios de la correspondiente Comunidad [...], limitándose el acuerdo de la Junta a la distribución de la derrama pertinente y a la determinación de los términos de su abono».

Las obras de accesibilidad no son actos espontáneos, por lo que no parece lógico ni jurídico que puedan realizarse sin que las acuerden los interesados en la correspondiente Junta de propietarios. El propio legislador acaba por reconocer este hecho obvio cuando dispone luego, en el artículo 10.2.a) LPH, que se deberá aprobar un acuerdo comunitario limitado a fijar la «derrama pertinente» y «los términos de su abono». Estas dos decisiones, lógica y jurídicamente, deben partir de una previa decisión que acuerde la ejecución de las obras que son «obligatorias».

Por ello, aceptado que las obras de accesibilidad son obligatorias [por el apartado a) o por el b) del art. 10.1 LPH], no parece razonable decidir su ejecución sin la previa contemplación de su coste económico y del presupuesto del que se dispone, lo que a su vez, solo puede decidirse partiendo de la consideración de las condiciones de pago de su coste por parte de los interesados (al contado o a plazos, etc.). El propio artículo 10.1.b) LPH solo convierte en obligatorias las obras de accesibilidad si no superan el coste de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes, por lo tanto, será necesario antes de su ejecución conocer si se supera o no este límite. Por ello, no es razonable ni comprensible que se realicen unas obras y luego se decida sí, por su coste económico son obligatorias, y cómo se van pagar. Simplemente, esto es un absurdo.

La conclusión de todo lo que llevamos expuesto es que no parece ajustado a la naturaleza de las cosas, a la lógica ni a los más elementales principios de la prudencia, que se puedan ejecutar obras de accesibilidad sin un previo acuerdo de la Junta que así lo haya decidido, pues, incluso en el caso de que el presidente o, en su caso, el administrador lo hubieran acordado siempre cabrá la posibilidad de que los propietarios reunidos en Junta revisen su actuación con la eventual exigencia de responsabilidad, en caso de que lo realizado suponga un perjuicio para la Comunidad de propietarios (para los propietarios que la integran, dada su falta de personalidad jurídica).

*C) La ocupación de los elementos comunes durante el tiempo que duren las obras*

De lo que dispone el artículo 10.1.c) LPH, resulta que tiene «carácter obligatorio» y «no requerirá(n) de acuerdo previo de la Junta de propietarios», «(l)a ocupación de elementos comunes del edificio o del conjunto inmobiliario privado durante el tiempo que duren las obras a las que se refieren las letras anteriores».

Esta norma resulta, de una parte absurda y de otra innecesaria. Es un tanto absurda ya que, limitándonos a las obras de accesibilidad, es claro que su ejecución no siempre exigirá la ocupación de los elementos comunes, por tanto no se puede declarar obligatoria para ellas la ocupación de las cosas comunes. Si la ejecución de las obras de accesibilidad no exige ocupar los elementos comunes, no parece razonable su ocupación, que puede ser incluso arbitraria. Por otra parte, si para la ejecución de las obras de accesibilidad resulta imprescindible ocupar los elementos comunes, según las circunstancias, puede ser conveniente en algunos casos que se precise el modo y tiempo de esa ocupación, por lo cual tampoco parece acertado afirmar que no se requerirá el acuerdo previo de la Junta.

Pero, además, la norma resulta innecesaria. Nadie puede dudar de que la ejecución de las obras de accesibilidad (o de otro tipo) puede exigir la ocupación de los elementos comunes o incluso propiedades ajenas. Si lo que se necesita ocupar son elementos comunes, parece evidente que el acuerdo de la Junta que haya acordado la ejecución de las obras de accesibilidad, implícitamente apodera a la comunidad para la «ocupación» temporal de los elementos comunes, durante todo el tiempo que resulte imprescindible para la ejecución de las obras (ocupación del patio del edificio con materiales o andamios, ocupación de un trastero comunitario para guardar materiales y herramientas de trabajo, etc.). Tan clara es esta conclusión que incluso nuestro vetusto Código Civil, en el artículo 569 regula la llamada por la doctrina servidumbre de andamiaje, según la cual: «Si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, el dueño

de este predio está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroga». Esta figura, que aunque está incluida en el Código Civil dentro de la regulación que se destina a las servidumbre de paso, no es una servidumbre sino más bien una limitación temporal de dominio por razón de la vecindad de fincas y de interés privado, evidencia que a veces la realización de obras exige la ocupación de espacios ajenos, por lo que, con mayor razón, puede necesitar la ocupación de espacios propios, como serían los elementos comunes a la hora de ejecutar obras en estos elementos.

Por ello, el mandato contenido en el artículo 10.1.c) LPH, unido a lo que se establece en el artículo 10.1.b) LPH, puede dar lugar a situaciones un tanto grotescas, ya que si no se requiere el acuerdo previo de la Junta para la realización de las obras de accesibilidad, puede resultar que invocando este precepto se estén ocupando los elementos comunes para la ejecución de unas obras que luego puede resultar que no eran obras de accesibilidad obligatorias. En fin, que estamos ante otra de las normas poco meditadas de las muchas que ha introducido la Ley 8/2013 en la regulación de la LPH.

*D) La responsabilidad individual del propietario que se oponga o demore injustificadamente la ejecución de las órdenes de la autoridad competente*

El artículo 10.2.b) LPH establece que «(l)os propietarios que se opongan o demoren injustificadamente la ejecución de las órdenes dictadas por la autoridad competente responderán individualmente de las sanciones que puedan imponerse en vía administrativa».

La aplicación de esta norma, cuyo texto no es muy preciso, que fue introducida por la Ley 8/1999 en el derogado artículo 10.3 LPH, que ahora se reproduce en el artículo 10.2.b) LPH, cuando la Comunidad de propietarios haya sido sancionada por la Administración Pública, por haber incumplido o haber cumplido fuera del plazo concedido al efecto las ordenes de ejecución de obras (en nuestro caso, de accesibilidad) que fueran obligatorias conforme a su normativa específica (DB SUA del CTE antes referido), que fueron ordenadas en la vía administrativa, los propietarios que con su oposición o por sus actos fueron la causa del incumplimiento o del cumplimiento extemporáneo, responderán individualmente de las sanciones impuestas.

La norma se limita a imputar a los propietarios causantes de la sanción administrativa impuesta a la Comunidad de propietarios (ya que si la sanción administrativa hubiera sido impuesta personal y directamente al propietario responsable, lógicamente, este precepto no es de aplicación), una responsabilidad individual cuya naturaleza y contenido no concreta, no obstante, dado que nos hallamos ante sujetos privados (propietario responsable) y Comunidad de propietarios sancionada administrativamente (ya que a estos efectos actúa como

un sujeto jurídico aunque carezca de personalidad jurídica), nos hallamos ante una responsabilidad civil que obliga al propietario responsable a indemnizar (abonar o reembolsar) a la Comunidad el importe de la sanción pecuniaria que haya tenido o tenga que abonar a la Administración. Para exigir esta responsabilidad cabe defender que la sanción debe ser firme en la vía administrativa.

Cabe preguntarse si la responsabilidad se extiende también a los perjuicios que la Comunidad haya sufrido por la no ejecución o el retraso en el cumplimiento de la orden administrativa que motiva la sanción. La norma parece limitar la responsabilidad al contenido estricto de la sanción administrativa o multa impuesta aunque podría defenderse que debería extenderse también al resarcimiento del perjuicio o exceso de gasto que para la Comunidad, por ejemplo, haya supuesto que las obras hayan sido realizadas por la vía de la ejecución forzosa administrativa a través de la llamada «ejecución subsidiaria» del artículo 102 LPAC (Ley 39/2015, de 1 de octubre). Una interpretación extensiva del precepto, que cabría ya que no estamos ante una responsabilidad penal o sancionadora que la excluye (arts. 4.2 del Código Civil y 4.1 Código Penal), sino ante una responsabilidad civil de mero carácter resarcitorio que la admite, permitirá exigir también este tipo de perjuicios, aunque en contra podrían invocarse los trabajos parlamentarios del precepto que la excluyeron<sup>12</sup>.

De no aceptarse esta interpretación extensiva del precepto, lo que parece razonable es que la Comunidad de propietarios podría exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados por la actuación del propietario acudiendo a las reglas generales de la responsabilidad civil.

En todo caso, resulta llamativo que el legislador de la Ley 8/2013 mantenga la norma que estamos analizando cuando, según el artículo 10.1.b) LPH, las obras de accesibilidad se pueden realizar sin necesidad de acuerdo previo de la Junta. Si esto es así, no vemos cómo puede darse el supuesto de hecho de la norma: que las obras (la orden administrativa de ejecutarlas) no se hayan realizado o se hayan demorado por la oposición de un propietario, máxime cuando la obligatoriedad de las obras de accesibilidad, como hemos señalado anteriormente, determina que su ejecución, al ser un acto debido, pueda aprobarse por mayoría simple o relativa, aunque implique la modificación del título constitutivo o de los estatutos [arts. 10.1.b) y 17.7 LPH]. Acaso el único supuesto que se nos ocurre sería aquel en el que para realizar las obras ordenadas por la Administración, fuera imprescindible entrar en el piso o local del propietario responsable y este se hubiera negado a permitir la entrada [art. 9.1.d) LPH].

#### *E) La contribución a los gastos derivados de las obras de accesibilidad*

El artículo 10.2.c) LPH dispone que «(l)os pisos o locales quedarán afectos al pago de los gastos derivados de la realización de dichas obras o actuaciones

en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el artículo 9 para los gastos generales». Esta norma, que reproduce en lo sustancial lo que estableció la Ley 8/1999 para las obras de conservación y accesibilidad en el derogado artículo 10.5 LPH, obliga a estar a lo previsto en el artículo 9.1.e) LPH.

En consecuencia, el pago de los desembolsos económicos que se deriven de las obras de accesibilidad, al ser uno de los conceptos que integran los «gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades», a los que deben contribuir los propietarios del edificio, con arreglo a su respectiva cuota de participación fijada en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos [art. 9.1.e) LPH], está garantizado por la afección real o hipoteca tácita en los términos que este precepto establece.

Por ello, resulta de interés recordar que para determinar quién es el sujeto obligado al pago de los gastos generales o gastos de comunidad dos son los criterios que inicialmente se pueden seguir: el del tiempo de la realización o producción del gasto (el tiempo en el que se realizan las obras de accesibilidad en el caso que nos ocupa) o el del tiempo de su devengo o exigibilidad, lo que tiene importancia dado que entre uno y otro momento el propietario puede ser distinto por haberse enajenado el piso o local. A nuestro juicio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21.1 LPH según el cual la obligación de contribuir a los gastos generales deberá «cumplirse por el propietario de la vivienda o local en el tiempo y forma determinados por la Junta», deberá estarse al criterio de la exigibilidad del gasto, en consecuencia, deudor de la obligación de contribuir a los gastos generales será el propietario que lo sea al tiempo de la exigibilidad del gasto de que se trate, con independencia de que dicho gasto se produzca o se realice en un momento posterior. Abona esta interpretación el tenor del nuevo artículo 17.11 LPH, que reproduciendo lo que estableció la Ley 8/1999 en el derogado artículo 11.4 LPH, y limitada a las obras de mejora, dispone que: «Las derramas para el pago de mejoras realizadas o por realizar en el inmueble serán a cargo de quien sea propietario en el momento de la exigibilidad de las cantidades afectas al pago de dichas mejoras».

## 2. LAS OBRAS DE ACCESIBILIDAD MAYORES O VOLUNTARIAS

Dispone el artículo 17.2 LPH lo siguiente:

«Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10.1 b), la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con discapacidad y, en todo caso, el establecimiento de los servicios de ascensor, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirá



el voto favorable de la mayoría de los propietarios, que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación.

Cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la Comunidad quedará obligada al pago de los gastos, aun cuando su importe repercutido anualmente exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes».

El estudio de esta norma exige que distingamos los siguientes apartados:

A) *Obras de accesibilidad incluidas en el artículo 17.2 LPH*

Esta norma, que fue introducida tímidamente por la Ley 3/1990, posteriormente ampliada por la Ley 8/1999, a su vez modificada por la Ley 51/2003 y, finalmente, reformada por la Ley 8/2013 que le ha dado la redacción vigente, permite la aprobación de las obras de accesibilidad que recaigan sobre los elementos comunes, «que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de las personas con discapacidad».

Por consiguiente, todas aquellas obras que vayan dirigidas a la supresión de barreras arquitectónicas, es decir, a la eliminación de los obstáculos *físicos* existentes en los elementos comunes del edificio que dificultan la utilización del edificio o su comunicación con el exterior, están comprendidas en el precepto (ensanchamiento del hueco de las puertas, pasillos o zonas de maniobra para permitir el paso de sillas de ruedas, nivelar zonas con peldaños, construir rampas, etc.). El legislador, consciente de que la principal barrera u obstáculo físico o arquitectónico para la movilidad de las personas con discapacidad son las escaleras, acogiendo en gran medida la interpretación del artículo 17.1.<sup>a</sup> LPH (Ley 8/1999), que admitía que la instalación del ascensor se podía aprobar, cuando en el edificio existieran personas con discapacidad, con la mayoría prevista en el párrafo 3.º de dicho artículo (mayoría absoluta), pese a estar expresamente contemplada en el párrafo 2.º de dicho artículo (mayoría de tres quintas partes), refunde en una única norma ambos párrafos e incluye ahora en su ámbito expresamente el acuerdo por el que se apruebe «en todo caso, el establecimiento de los servicios del ascensor».

El precepto se aplica expresamente también a los acuerdos que aprueben «el establecimiento de nuevos servicios comunes» que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas, lo que obliga a partir de una interpretación amplia de «barreras arquitectónicas», que no las reduzca a los obstáculos estrictamente físicos de las edificaciones, por lo que incluye todas las obras de accesibilidad dirigidas a favorecer la utilización de los elementos y servicios comunes del edificio por las personas con discapacidad, o la comunicación de los elementos privativos con el exterior de estas personas, aunque no impliquen

en sentido estricto la eliminación o supresión de ningún obstáculo físico o barrera arquitectónica. En suma, el artículo 17.2 LPH se aplica a todas las obras de accesibilidad que no estén incluidas en el artículo 10.1.b) LPH. Así lo evidencia el propio texto del precepto que menciona («sin perjuicio de lo establecido en») el artículo 10.1.b) LPH, y, en su segundo párrafo, se refiere a las obras de accesibilidad que excedan del tope legal de las doce mensualidades ordinarias de gastos comunes, que si no se supera permite la aplicación del artículo 10.1.b) LPH.

Por tanto, encontrarían cobijo en esta norma la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la orientación, comunicación o utilización de los elementos comunes por las personas con discapacidad o mayores de setenta años, como aparatos de telefonía que comuniquen las viviendas o locales con el portal de acceso al inmueble mediante avisos luminosos o vibraciones para sordos, o señales que puedan detectar los ciegos, etc. En este punto, resulta de interés la cita de la STS de 10 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7804), que contempló la instalación de una silla-grúa que permitiera a un discapacitado utilizar la piscina comunitaria<sup>13</sup>.

#### *B) La mayoría necesaria para la aprobación de estas obras*

Las obras de accesibilidad previstas en el artículo 17.2 LPH pueden ser aprobadas por *mayoría absoluta*, es decir, con el voto favorable de más de la mitad de todos los propietarios del inmueble (mayoría personal o de cabezas) que, a su vez, representen más de la mitad de las cuotas de participación de todos los propietarios que integran la propiedad horizontal (mayoría de cuotas o patrimonial), que es como hay que interpretar la frase se «requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios, que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación»<sup>14</sup>.

Siendo esta mayoría una mayoría especial o cualificada, es aplicable el procedimiento de formación de acuerdos previsto actualmente en el artículo 17.8 LPH, que permite que la mayoría absoluta exigida por el artículo 17.2 LPH pueda alcanzarse sumando a los votos favorables emitidos por los propietarios asistentes a la Junta, personalmente o por representación (art. 15.1 LPH) (votos expresos), el llamado voto presunto o tácito de los propietarios ausentes de la Junta, que la ley infiere del hecho de que, habiendo sido debidamente citados, no asistiesen a la Junta, por lo que si una vez informados o notificados del acuerdo adoptado por los propietarios presentes en la Junta, no manifiestan su discrepancia con lo acordado por los presentes, mediante comunicación, a quien ejerza las funciones de secretario de la Comunidad, dentro de los treinta días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción, su silencio se computa como voto favorable a lo acordado por los propietarios presentes en la Junta.

C) *La mayoría necesaria para la aprobación de los llamados acuerdos asociados*

El artículo 17.2 LPH representa un régimen privilegiado de adopción de acuerdos ya que entraña una doble excepción al régimen general de adopción de acuerdos comunitarios.

En primer lugar, porque es una excepción a la regla general subsidiaria prevista en el artículo 17.4 LPH, según la cual las mejoras o innovaciones que no tengan establecida en la ley otra mayoría especial determinada, deben aprobarse por la mayoría especial de tres quintas partes. El legislador, en atención al interés social que representa la supresión de las barreras arquitectónicas para las personas con discapacidad, regula esta mejora social, reduciendo la mayoría de tres quintas partes a la mayoría absoluta.

En segundo lugar, porque representa también una excepción a la regla general subsidiaria prevista en el artículo 17.6 LPH, según la cual los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal o de sus estatutos, salvo que la ley establezca otra mayoría distinta, exigen el acuerdo de la unanimidad de los propietarios. Frente a esta regla general, el artículo 17.2 LPH precisa que la mayoría absoluta que exige para la aprobación de las obras de accesibilidad que regula es válida también «incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos».

De este modo, si la realización de las obras de accesibilidad exige la adopción de algún acuerdo que implique la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal o de los estatutos, podrá aprobarse con la mayoría absoluta, en lugar de la unanimidad que en otro caso exigiría este tipo de acuerdos.

El Tribunal Supremo, en supuestos que trataban de obras de accesibilidad consistentes en la instalación *ex novo* de un ascensor, ha declarado en la STS de 13 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 6967), como doctrina legal «que para la adopción de los acuerdos que se hallen directamente asociados al acuerdo de instalación del ascensor, aunque impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, se exige la misma mayoría que la Ley de Propiedad Horizontal exige para el acuerdo principal de instalación del ascensor». Esta doctrina ha sido reiterada por la STS de 23 de diciembre de 2014 (*RJ* 2014, 6796), que la complementa con la precisión de que «sin que en ningún caso tales acuerdos (asociados) puedan lesionar gravemente a ningún propietario». La misma doctrina se ha declarado en las SSTS de 18 de diciembre de 2008 (núm. 1151) (*RJ* 2009, 158); 18 de diciembre de 2008 (núm. 1181) (*RJ* 2009, 157); y 7 de noviembre de 2011 (núm. 804) (*RJ* 2012, 1361).

En consecuencia, la misma mayoría absoluta necesaria para aprobar la instalación del ascensor, es suficiente para aprobar los acuerdos asociados o accesorios a dicho acuerdo principal. Entre estos acuerdos destaca, por su frecuencia, aquellos que establecen un sistema de contribución a los gastos del

ascensor distinto del que resulta del título constitutivo (reparto según la cuota de cada piso o local) o de lo previsto en los estatutos. Así, en la práctica, con la finalidad de conseguir los votos favorables necesarios para alcanzar la mayoría absoluta que exige el precepto, son habituales los acuerdos que exoneran de los gastos de instalación y/o mantenimiento del ascensor que se aprueba instalar *ex novo* a determinados propietarios, en atención al no uso que van a hacer del ascensor (por ejemplo, a los propietarios de los pisos de la planta baja o de los locales), o se acuerda que esta contribución se haga por partes iguales, sea cual sea la cuota de participación de cada propietario, o de un modo creciente según se va subiendo de planta en el edificio. Así, en el caso resuelto por la citada STS de 23 de diciembre de 2014, se consideró válido un acuerdo por el que se había exonerado de los gastos del ascensor a los pisos y locales de la planta baja, distribuyendo los gastos entre el resto de los propietarios de un modo que incrementaba progresivamente la contribución a los gastos del ascensor en función de la altura de las plantas en la que se hallaban los pisos, en consideración al presumible mayor uso que harían de este servicio común los pisos altos (art. 5 LPH): los pisos de la 1.<sup>a</sup> planta pagarían el total del 10%, los de la 2.<sup>a</sup> planta el 15%, los de la 3.<sup>a</sup> el 20%, los de la 4.<sup>a</sup> el 25% y los de la 5.<sup>a</sup> el 30%.

*D) La obligatoriedad de las obras de accesibilidad para todos los propietarios*

El párrafo final del artículo 17.2 LPH dispone que «(c)uando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedará obligada al pago de los gastos, aun cuando su importe repercutido anualmente exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes».

Con este mandato, matizando lo ya establecido con carácter general en el artículo 17.9 LPH, el legislador deja claro que si la Junta de propietarios aprueba «válidamente» una obra de accesibilidad, es decir, con la mayoría absoluta que contempla el artículo 17.2 LPH, sea cual sea su coste económico, será obligatoria para todos los propietarios, por lo que todos ellos deberán contribuir a los gastos que origine, aunque el importe que tenga que abonar cada propietario exceda anualmente de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes.

Con esta regla, ya no hay dudas de que todas las obras de accesibilidad son obligatorias. Si se trata de una obra de accesibilidad cuyo coste de instalación para la comunidad no supera el límite legal previsto en el artículo 10.1.b) LPH, incluso sin acuerdo de la comunidad, todos los propietarios tendrán que contribuir a los gastos que origine.

Si por el contrario, las obras de accesibilidad superan el límite legal de las doce mensualidades ordinarias de gastos comunes, si bien inicialmente son voluntarias, si son acordadas por Junta de propietarios «válidamente», es decir,

con la mayoría absoluta prevista en el artículo 17.2 LPH, serán obligatorias igualmente para todos los propietarios.

*E) El problema de las servidumbres necesarias para la instalación del ascensor*

Uno de los problemas que plantea la realización de las obras de accesibilidad, en concreto, la instalación *ex novo* de un ascensor en un edificio que no contaba con este servicio o elemento común, es que en muchas ocasiones su instalación requiere la constitución de una servidumbre, normalmente, sobre un elemento privativo de un propietario (por ejemplo, pasar la instalación eléctrica por el local de planta baja o de sótano, ocupar un espacio para la colocación de la cabina del ascensor o de su maquinaria, etc.).

En este punto, el artículo 9.1.c) LPH establece que los propietarios, como consecuencia de la situación de propiedad horizontal, están obligados a permitir en su vivienda o local privativos «las servidumbres imprescindibles requeridas para la realización de obras, actuaciones o la creación de servicios comunes llevadas a cabo o acordadas conforme a lo establecido en la presente ley, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados». Por tanto, este precepto permite el nacimiento de una servidumbre legal o de constitución forzosa a favor de la comunidad de propietarios de la que resulta predio sirviente el piso o local afectado por ella.

La jurisprudencia, interpretando este artículo en relación con lo ahora previsto en el artículo 17.2 LPH, ha entendido que cuando se acuerda la instalación del ascensor, la misma mayoría absoluta prevista para acordar esta instalación principal, es la que se necesita para aprobar el acuerdo asociado o accesorio mediante el cual se constituye la servidumbre que grava el elemento privativo. En esta línea, se han pronunciado las referidas SSTs de 18 de diciembre de 2008 (núm. 1151) (*RJ* 2009, 158); 18 de diciembre de 2008 (núm. 1181) (*RJ* 2009, 157); y de 13 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 6967).

Lógicamente, la constitución de esta servidumbre, como expresamente establece el artículo 9.1.c) LPH, obliga a la comunidad a pagar al propietario afectado una indemnización de los daños y perjuicios que se le causen por el gravamen de su elemento privativo, cuya cuantía deberá ser aprobada por la mayoría absoluta que exige el artículo 17.2 LPH [STS de 18 de diciembre de 2008 (núm. 1151) (*RJ* 2009, 158)]. Para fijar la cuantía de esta indemnización deberá acudirse, por analogía, a los parámetros contemplados en el artículo 564 del Código Civil, pudiéndose determinar, en caso de discrepancia, mediante una valoración técnica realizada por un perito [sobre los conceptos que integran, en su caso, la indemnización puede verse la STS de 17 de octubre de 2013 (núm. 637) (*RJ* 2013, 6976)]. En todo caso, el propietario afectado por

la servidumbre (el propietario del piso o local que es el predio sirviente de la servidumbre constituida), podrá impugnar judicialmente la cuantía de la indemnización fijada por la Junta de propietarios si la considera insuficiente, al amparo del artículo 18.1.c) LPH.

No siendo, por tanto, discutible que, con arreglo a los artículos 9.1.c) y 17.2 LPH, la Comunidad de propietarios puede constituir una servidumbre que grave un elemento privativo, cuando sea necesario para la instalación del ascensor (o la obra de accesibilidad de que se trate, si fuera otra), el problema que debemos ahora analizar es si la constitución de esta servidumbre puede implicar la privación total del espacio o volumen del elemento privativo necesitado para la instalación del ascensor [normalmente un espacio del local de planta sótano o de planta baja, aunque puede ser otro, como fue el caso resuelto por la STS de 10 de octubre de 2011 (núm. 732) (RJ 2011, 7410), en el que lo que se necesitaba era la ocupación de un determinado espacio en todas las viviendas por las que verticalmente discurriría el ascensor], de modo que la constitución de la servidumbre implica, en la práctica, una suerte de enajenación o apropiación forzosa de dicho espacio.

Para resolver esta cuestión, parece aconsejable recordar que cuando la instalación del ascensor venga obligada por lo acordado en una actuación pública de rehabilitación, regeneración o/y renovación urbana, su ejecución puede determinar la expropiación forzosa de los bienes de propiedad privada que resulten necesarios<sup>15</sup>.

Por ello, si cuando la instalación del ascensor viene impuesta por un plan o actuación pública, la Administración queda habilitada para realizar la expropiación forzosa de los bienes que resulten necesarios, parece razonable admitir que no deben existir obstáculos insalvables para que pueda llegarse a unos efectos similares en el ámbito del Derecho privado, conforme al régimen de la propiedad horizontal representado por los citados artículos 9.1.c) y 17.2 LPH.

El primer obstáculo que puede invocarse en contra de este tipo de servidumbres, es el que resulta del actual artículo 17.4 LPH, según el cual «(n)o podrán realizarse innovaciones que hagan inservible alguna parte del edificio para el uso y disfrute de un propietario, si no consta su consentimiento expreso». Esta norma, inspirada en el artículo 1120 del *Codice Civile* italiano de 1942, que se introdujo en el primitivo artículo 10 LPH (Ley 49/1960), pasó al artículo 11.3 LPH (Ley 8/1999), luego al artículo 11.4 LPH (Ley 51/2003) y, finalmente, la Ley 8/2013 lo ha ubicado en el vigente al artículo 17.4 LPH, trata de impedir que las obras de mejora o innovaciones que puedan hacer inservible para un propietario alguna parte del edificio cuyo uso y disfrute venía ostentando, puedan ser aprobadas sin el consentimiento expreso del propietario afectado. Este requisito podría encontrar apoyo en el artículo 33 CE y en el artículo 348 del Código Civil.

La segunda objeción que cabe oponer a la servidumbre que nos ocupa es la que resulta de la propia naturaleza de la servidumbre, que como derecho real limitado de goce, solo es posible cuando el goce que obtiene el titular de la servidumbre, especialmente cuando se trata de una servidumbre real o predial, es limitado y parcial, de modo que no excluye el derecho de goce del titular del dominio del predio sirviente, ya que, en otro caso, al ser la servidumbre un derecho con vocación de perpetuidad (*servitutis causa debet esse perpetua*) (vide arts. 530, 545, 546.2.º, 565 y 568 del Código Civil), vaciaría de contenido el derecho gravado.

Este problema ha dado lugar a una diversidad de criterios en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, hoy ya resuelta por la doctrina legal declarada por el Tribunal Supremo en los términos que vamos a señalar.

Así, mientras la STS de 12 de abril de 2012 (núm. 218) (RJ 2012, 5895), declaró que la instalación del ascensor en el suelo de un patio común pero de uso privativo, necesita el consentimiento del propietario que tenía este uso, conforme al requisito establecido en el derogado artículo 11.4 LPH (hoy regulado en el vigente artículo 17.4 LPH), el Tribunal Supremo, de un modo decidido, ha declarado que si la instalación del ascensor necesita la constitución de una servidumbre sobre un elemento privativo, será lícito constituirla al amparo del artículo 9.1.c) LPH, aunque implique la ocupación de parte de un piso o local privativo, si así se acuerda con la mayoría prevista para acordar la instalación del ascensor (mayoría absoluta del artículo 17.2 LPH), sin que se requiera el consentimiento del propietario afectado. Así, tras haberse pronunciado en este sentido en las SSTS de 15 de diciembre de 2010 (núm. 819) (RJ 2011, 2); 22 de diciembre de 2010 (núm. 844) (RJ 2011, 17); y 24 de marzo de 2011 (núm. 205) (RJ 2011, 2228), declara en la STS de 10 de octubre de 2011 (núm. 732) (RJ 2011, 7410) la siguiente doctrina legal:

«Se fija como doctrina jurisprudencial que la instalación de un ascensor en una comunidad de vecinos que carece de este servicio, considerado como de interés general, permite la constitución de una servidumbre con el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios, incluso cuando suponga la ocupación de parte de un espacio privativo, siempre que concurren las mayorías exigidas legalmente para la adopción de tal acuerdo, sin que resulte preceptivo el consentimiento del copropietario directamente afectado y que el gravamen impuesto no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo».

Por tanto, dado que esta doctrina legal es vinculante para todos (art. 1.6 del Código Civil y 477.2.3.º y 3 LEC), la cuestión se debe centrar en el análisis de las circunstancias concretas de cada caso a fin de determinar si se han

ponderado adecuadamente los intereses en conflicto, esto es, el derecho de la comunidad a instalar el ascensor de interés general para los propietarios y el derecho del propietario del piso o local afectado por la servidumbre que se pretende constituir a que se respete su derecho de propiedad singular y exclusivo [artículos 396 del Código Civil y 3.a) LPH] [STS de 4 de octubre de 2011 (núm. 633) (RJ 2011, 6698)].

En esta ponderación de intereses se deberán tener en cuenta:

1.<sup>a</sup> Si la decisión de la Junta de propietarios que haya decidido la constitución de la servidumbre no es arbitraria ni desproporcionada. En este punto, deberá valorarse si la medida era necesaria o imprescindible por no ser viable otra solución que resultase menos gravosa o perjudicial para el propietario afectado.

2.<sup>a</sup> Si la ocupación del espacio o volumen del piso o local afectado por la servidumbre que se pretende constituir, no priva al propietario afectado del derecho de goce sobre el resto del piso o local, de modo que todavía pueda ser destinado al uso o aprovechamiento que tenía anteriormente, ya que si la ocupación de la parte del piso o local sobre la que recae la servidumbre, hace inútil o desmejora notablemente el elemento privativo, no será viable la constitución de la servidumbre ya que, entonces se verá afectado el contenido esencial del derecho de propiedad, de modo contrario al artículo 33 CE. A este requisito se refiere la citada doctrina legal cuando exige «que el gravamen impuesto no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo».

3.<sup>a</sup> Que se indemnice adecuadamente el daño y perjuicio ocasionado. Dado que la ocupación del espacio afectado equivale a la privación total del uso del mismo, por lo que la situación más que a una servidumbre se asemeja a un supuesto de enajenación o apropiación forzosa por causa de interés social (lo que justifica, por ejemplo, ciertos retractos legales), que estaría legalmente prevista con la finalidad social de asegurar la vigencia del principio de accesibilidad universal, el supuesto se aproxima en sus efectos a la figura de la expropiación forzosa por causa de interés social, ya que en caso de que la servidumbre dejase de ser necesaria, al cesar la *causa servitutis* se extinguiría (*vide* art. 568 del Código Civil), como ocurriría en la expropiación con la reversión.

Evidentemente, obvio es decirlo, no estamos ante un supuesto de expropiación forzosa, ahora bien, en la medida en que la constitución de esta singular servidumbre encuentra su justificación en la ley que la autoriza [arts. 9.1.e) y 17.2 LPH], es secundario que nos hallemos ante normas de Derecho privado, pues, al ser finalmente los tribunales los que, en caso de discrepancia, fijan la cuantía de la indemnización a pagar, atendiendo a lo que resulte de las pruebas practicadas a instancia de las partes (esencialmente, prueba pericial), no parece que pueda considerarse lesionado el artículo 33.3 CE, en tanto la indemnización represente una adecuada y efectiva compensación por la ablación del derecho afectado por la servidumbre.



## V. CONCLUSIONES

I. El actual paradigma de las personas con discapacidad, consagrado en los Tratados internacionales que vinculan al Estado español sobre la materia, concibe a las personas con discapacidad como personas con la plenitud de derechos que derivan de su dignidad humana, estando obligado el ordenamiento jurídico, por imperativo de los artículos 9.2 y 49 CE, a dispensarles una regulación que permita su vida independiente, asegurando el principio de accesibilidad universal y no discriminación.

II. En el área de la edificación, el principio de accesibilidad universal y no discriminación de las personas con discapacidad, impone el deber legal de diseñar y construir los edificios y las urbanizaciones con las condiciones necesarias para garantizar el acceso y la adecuada utilización de sus distintos elementos, servicios e instalaciones por las personas con discapacidad, y obliga a los propietarios de los edificios ya construidos sin estas condiciones a realizar todas las obras que resulten necesarias para un ajuste razonable de sus distintos elementos, servicios e instalaciones, que eliminen sus barreras arquitectónicas y permitan el acceso, comunicación y utilización por las personas discapacitadas.

III. El Derecho privado español cuenta con instrumentos, materializados en el artículo 24 LAU, el artículo 21.2.º LAR, la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, y los artículos 10.1.a), 10.1.b), y 17.2 LPH, que garantizan suficientemente a las personas con discapacidad, a las que se asimilan las personas mayores de setenta años, el derecho a exigir la realización de aquellas obras de accesibilidad universal que resulten necesarias para el acceso, comunicación y utilización de los edificios de su propiedad o cuyo uso y disfrute tienen reconocido por algún título jurídico.

## VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

- STC 45/1989, de 20 de febrero
- STC 36/1991, de 14 de febrero
- STS de 13 de julio de 1994 (núm. 702) (*RJ* 1994, 6435)
- STS de 5 de julio de 1995 (núm. 695) (*RJ* 1995, 5463)
- STS de 22 de noviembre de 1999 (núm. 973) (*RJ* 1999, 8223)
- STS de 18 de diciembre de 2008 (núm. 1151) (*RJ* 2009, 158)
- STS de 18 de diciembre de 2008 (núm. 1181) (*RJ* 2009, 157)
- STS de 13 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 6967)
- STS de 15 de diciembre de 2010 (núm. 819) (*RJ* 2011, 2)
- STS de 22 de diciembre de 2010 (núm. 844) (*RJ* 2011, 17)
- STS de 24 de marzo de 2011 (núm. 205) (*RJ* 2011, 2228)

- STS de 4 de octubre de 2011 (núm. 633) (RJ 2011, 6698)
- STS de 10 de octubre de 2011 (núm. 732) (RJ 2011, 7410)
- STS de 7 de noviembre de 2011 (núm. 804) (RJ 2012, 1361)
- STS de 12 de abril de 2012 (núm. 218) (RJ 2012, 5895)
- STS de 10 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7804)
- STS de 17 de octubre de 2013 (núm. 637) (RJ 2013, 6976)
- STS de 23 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6796)

## VII. BIBLIOGRAFIA

- ÁLVAREZ OLALLA, M.P. (2011). Algunos aspectos sobre instalación de ascensores en régimen de propiedad horizontal a la luz de las últimas sentencias del TS, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil 4/2011* (BIB 2011, 928).
- ASÍS ROIG, de, R. y otros (2007). La accesibilidad universal en el marco constitucional español, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año núm. 11, núm. 16, 57-82.
- DÍAZ MARTÍNEZ (2011). Discapacitados, comunidades y crisis económica. Últimas reformas legales en torno a las obras de accesibilidad en el régimen de propiedad horizontal, *Aranzadi Civil-Mercantil 8/2011* (BIB 2011, 1742).
- ECHEVERRÍA SUMMERS, F.M. (2014). Comentario al artículo 10. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Pamplona, Aranzadi.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. (2008). Comentario al artículo 9.2 CE. En M. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer (dir.), *Comentarios a la Constitución Española, XXX aniversario*, Las Rozas (139-147).
- FINEZ, J.M. (1995). Comentario al artículo 24. En F. Pantaleón Prieto (dir.), *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, Civitas.
- FINSTERBUSCH ROMERO, C. (2016). La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos, *Revista Ius et Praxis*, Año 22, núm. 2, (Chile), 227-252.
- FRANCOS AVELLANAL, E. (1990). *Las obras de reparación y mejora en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Granada, Comares.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (2017). *La Propiedad Horizontal. En la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia*, Pamplona, Civitas.
- GÓMEZ CALLE, E. (2004). El régimen jurídico de las innovaciones en la propiedad horizontal, *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 1, 95-131.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (2002). La instalación del ascensor en aquellos inmuebles que originariamente carecían de este servicio común. Requisitos de validez de los acuerdos de la Junta de propietarios que deciden su instalación en los edificios sujetos al régimen de la propiedad horizontal, *SEPIN (PH)*, núm. 224 PH, 11-31.
- (2011). La mayoría necesaria para aprobar acuerdos de mera administración en la propiedad horizontal. Los efectos de la abstención, los votos en blanco y los votos nulos en la formación de los acuerdos comunitarios, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, 1353-1418.

- HUALDE SÁNCHEZ, J.J. (1996). Comentario al artículo 24. En C. Lasarte (dir.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994)*, Madrid, Técnos.
- LALANA DEL CASTILLO, C. (2013). *Propiedad horizontal y obras de rehabilitación*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, XV, 109-146.
- LOSCERTALES FUERTES, D. (1995). *Los Arrendamientos Urbanos*, Las Rozas, SEPIN.
- (2013), *Propiedad Horizontal. Legislación y Comentarios*, Las Rozas, SEPIN.
- PALACIOS, A. y BARIFFI, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Grupo editorial Cinca, S. A.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2008). comentario al artículo 53.3 CE. En M. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, XXX aniversario, Las Rozas (1187-1192).
- RODRÍGUEZ MORATA, F.A. (1997). Comentario al artículo 24. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Pamplona, Aranzadi.
- RODRÍGUEZ-LORAS DEALBERT, J. (2006). *La accesibilidad en los edificios sujetos a propiedad horizontal*, Madrid, Colegio Registral.

## NOTAS

<sup>1</sup> Debe recordarse que dentro de este capítulo se incluye también el artículo 47 CE, que puede tener relevancia a la hora de regular las obras de accesibilidad. Este artículo dispone lo siguiente:

«Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

<sup>2</sup> La Ley 13/1982, de 7 de abril, en su artículo 2.º ya establecía que el Estado español inspirará la legislación para la integración social de los minusválidos en la Declaración de Derechos del Deficiente Mental, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971, y en la Declaración de Derechos de los Minusválidos, aprobada por la Resolución 3447, de 9 de diciembre de 1975 de dicha Organización Internacional.

<sup>3</sup> Deberían ser aprobadas por el Gobierno en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley 51/2003, y serían obligatorias, para los edificios nuevos en el plazo de 5 a 7 años, que concluirían el 4 de enero de 2010, y para los edificios existentes susceptibles de ajustes razonables, en el plazo de 12 a 14 años, que concluirían el 4 de enero de 2017 [disposición final 9.ª de la Ley 51/2003, y Disposición adicional 3.ª.1.b) del TRLGDPD].

<sup>4</sup> El texto originario del artículo 24 LAU era el siguiente:

«Arrendatarios con minusvalía.

1. El arrendatario, previa notificación escrita al arrendador, podrá realizar en la vivienda las obras que sean necesarias para adecuar esta a su condición de minusválido o a la de su cónyuge o de la persona con quien conviva de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, o a la de los familiares que con él convivan.

2. El arrendatario estará obligado, al término del contrato, a reponer la vivienda al estado anterior, si así lo exige el arrendador».

<sup>5</sup> Esta disposición establece lo siguiente:

«Declaración de la situación de minusvalía.

A los efectos prevenidos en esta ley, la situación de minusvalía y su grado deberán ser declarados de acuerdo con la normativa vigente, por los centros y servicios de las Administraciones Públicas competentes».

<sup>6</sup> Siguiendo esta nueva terminología, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE del 15 de diciembre), dispuso que las referencias que los textos normativos efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad», por lo que a partir de su vigencia se utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas (disposición adicional octava).

<sup>7</sup> Sin embargo, sobre si el artículo 24 LAU establece una norma especial o se trata de una norma excepcional la doctrina no es pacífica. HUALDE SÁNCHEZ 1996, 658, estima que el artículo 24 LAU «no debe ser considerado técnicamente como una norma de carácter excepcional, sino como una norma de carácter singular que en función del supuesto que regula deroga los principios generales que se establecen en la relación de derechos y obligaciones entre propietario y arrendatario para el supuesto que en ella se contempla». Por el contrario, la mayoría de la doctrina se inclina por la consideración de que estamos ante una norma excepcional. En este sentido, LOSCERTALES FUERTES, 1995, 293, afirma que con el artículo 24 LAU «(l)a Ley hace un excepción a las prohibiciones del artículo anterior», pues no exige permiso para realizar las obras que se autorizan. Para FINEZ, 1995, 278, el artículo 24 LAU guarda una estrecha relación con el artículo 23 LAU, por lo que «ambos preceptos han de ser objeto de una interpretación sistemática. Normalmente, las obras necesarias para adecuar la vivienda a la condición de minusválido tendrá como resultado la modificación de su configuración. En este concreto sentido, el artículo es una excepción a la necesidad del consentimiento del arrendador». Por su parte, RODRÍGUEZ MORATA, 1997, 564, considera que «el artículo 24 constituye una concreta excepción a la regla general por la que el arrendatario no puede realizar sin el consentimiento escrito del arrendador, obras que modifiquen la configuración de la vivienda o de sus accesorios (cfr., art. 23) (564). Para este autor, el carácter excepcional de la norma «obliga a formular una interpretación restrictiva del mismo, imponiendo un criterio riguroso a la hora de apreciar la necesidad de las obras de adecuación en el interior de la vivienda para salvar barreras arquitectónicas de modo que se permita su adecuado y fácil uso por minusválidos» (564).

<sup>8</sup> Si el que solicita las obras es el trabajador que presta sus servicios en la finca, que constituye el centro de trabajo, el artículo 4.2 exige que además se notifique la solicitud al empresario.

<sup>9</sup> En Cataluña, la Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del libro quinto de su Código Civil, relativo a los derechos reales (BOE del 1 de junio), establece una regulación de la propiedad horizontal que, según declara su Preámbulo (II, 7.º), «otorga una consideración especial a la adopción de acuerdos que afectan a las obras obligadas de adaptación del edificio a las necesidades de las personas con discapacidad y para las personas mayores de setenta años, a cuyo fin se ha tenido en cuenta la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo, aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas». Esta regulación puede resumirse en lo siguiente:

1. Basta el acuerdo de la «mayoría simple» de los propietarios asistentes a la Junta, entendiéndose por tal el que «requiere que los votos y cuotas a favor superen los votos y cuotas en contra» (art. 553-25.3), para aprobar: «a) La ejecución de obras o el establecimiento de servicios que tienen la finalidad de suprimir barreras arquitectónicas o la instalación de ascensores, aunque el acuerdo suponga la modificación del título de constitución y de los estatutos o aunque las obras o los servicios afecten a la estructura o a la configuración exterior»; y «b) Las innovaciones exigibles para la habitabilidad, accesibilidad o seguridad del inmueble, según su naturaleza y características, aunque el acuerdo suponga la modificación

del título de constitución y de los estatutos o afecten a la estructura o a la configuración exterior» [art. 553-25.2.a) y b)].

2. Si no es posible conseguir la aprobación de dichos acuerdos por la Junta de propietarios, «(l)os propietarios o los titulares de un derecho posesorio sobre el elemento privativo, en el caso de que ellos mismos o las personas con quien conviven o trabajan sufran alguna discapacidad o sean mayores de setenta años, ... pueden solicitar a la autoridad judicial que obligue a la comunidad a suprimir las barreras arquitectónicas o a hacer las innovaciones exigibles, siempre y cuando sean razonables y proporcionadas, para alcanzar la accesibilidad y transitabilidad del inmueble en atención a la discapacidad que las motiva» (art. 553-25-5).

3. Los gastos originados por las obras de accesibilidad «corren a cargo de todos los propietarios si derivan de un acuerdo de la junta de propietarios. Si derivan de una decisión judicial conforme al artículo 553-25.5, la autoridad judicial es quien fija su importe en función de los gastos ordinarios comunes de la Comunidad de propietarios» (art. 553-30.3).

<sup>10</sup> El artículo 4.2 TRLGDPD dispone que: «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».

<sup>11</sup> En este punto, resulta de interés recordar la progresiva doctrina de la STS de 13 de julio de 1994 (núm. 702) (RJ 1994, 6435), reiterada por las SSTs de 5 de julio de 1995 (núm. 695) (RJ 1995, 5463) y de 22 de noviembre de 1999 (núm. 973) (RJ 1999, 8223), que, pese a exigirse entonces la unanimidad, consideraron ajustado a Derecho el acuerdo, adoptado por mayoría simple, que aprobó la instalación del ascensor, al considerar que no causa ningún perjuicio cuando se exonera a los disidentes de pagar los gastos del mismo y tampoco se les priva de su uso, ya que supone una mejora general para los propietarios de la finca, y comporta una acción igualitaria de las condiciones de vida de quienes, por su discapacidad, se hallaban dificultados para el acceso a sus viviendas.

<sup>12</sup> En efecto, en la elaboración parlamentaria de la norma en la Ley 8/1999, se rechazó en el Senado una Enmienda del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado (Enmienda Núm. 8), que proponía una redacción del artículo 10 LPH que incluía el número 5, con el siguiente texto: «El propietario o propietarios que se opongan o demoren injustificadamente la ejecución de las órdenes de obra dictadas por la autoridad administrativa competente o por el presidente en caso de urgencia, responderán individualmente de las sanciones que puedan imponerse en su caso y de los perjuicios ocasionados sin que tal responsabilidad impida el cumplimiento de las ordenes mencionadas». BOCG, Senado, VI Legislatura, Núm. 35 (c) Núm. Exp. 122/000218, 17-18.

<sup>13</sup> Esta sentencia resolvió un caso en el que los padres de un hijo, que a causa de un accidente de tráfico estaba en un grado elevado de discapacidad, habían solicitado a la comunidad la autorización para instalar una silla-grúa que permitiera a su hijo bañarse en la piscina comunitaria, asumiendo los solicitantes los gastos de instalación y mantenimiento del dispositivo, la Junta de propietarios denegó la autorización. La sentencia tiene interés porque el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación, con apoyo en las normas constitucionales e internacionales que protegen a las personas con discapacidad y, en lo que ahora interesa, por la infracción del derogado artículo 10.2 LPH, equivalente en lo sustancial al vigente artículo 10.1.b) LPH, por lo que viene a admitir que la silla-grúa cuya instalación se solicitaba, al ser asumido el coste de su instalación por los solicitantes, podría hoy ser obligatoria con arreglo al artículo 10.1.b) LPH. También destaca del caso que los actores no invocaran en apoyo de su pretensión, la aplicación de la Ley 15/1995, sobre límites del dominio sobre bienes inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad.

<sup>14</sup> Por ello, resulta incorrecta la afirmación de la STS de 23 de diciembre de 2014, FD 1 (*RJ* 2014, 6796), que califica esta mayoría como una mayoría simple. Lo califica correctamente la STS de 18 de diciembre de 2008, FD 2, (núm. 1181) (*RJ* 2009, 157). Sobre la denominación adecuada de las mayorías previstas en la LPH puede verse GÓMEZ DE LA ESCALERA (2011).

<sup>15</sup> En este sentido, debemos recordar que el artículo 111.5 de la Ley 2/2001, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (*BOE* del 5 de marzo), derogado por la Ley 8/2013, de 26 de julio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, estableció que «(l)a ocupación de aquellas partes de pisos o locales de edificios destinados predominantemente a uso de vivienda y constituidos en régimen de propiedad horizontal que sea indispensable para la instalación de servicios comunes que, siendo legalmente exigibles, estén previstos en planes, programas o instrumentos de rehabilitación y, en todo caso, el de ascensor, se declara necesaria para su expropiación en beneficio de la correspondiente Comunidad de propietarios o agrupación de estas, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) Resulte inviable técnica o económicamente cualquier otra solución. b) Quede garantizado el respeto de la superficie mínima y los estándares exigidos para locales, viviendas y espacios comunes de los edificios».

Por su parte, la referida Ley 8/2013, derogada en esta materia por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (*BOE* del 31 de octubre), disponía, entre otros: (1) que uno de los «(f)ines comunes de las políticas públicas para un medio urbano más sostenible, eficiente y competitivo», es el de «(g)arantizar el acceso universal de los ciudadanos a las infraestructuras, dotaciones, equipamientos y servicios, así como su movilidad» [artículo 3.e)]; (2) que la Administración competente podrá requerir a los propietarios de los edificios para que acrediten, mediante el oportuno «Informe de Evaluación de los Edificios», la evaluación «de las condiciones básicas de accesibilidad universal y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización del edificio, de acuerdo con la normativa vigente, estableciendo si el edificio es susceptible o no de realizar ajustes razonables para satisfacerlas» [art. 4.2.b)]; (3) que las actuaciones que la Administración puede acordar sobre el suelo urbano, determinarán la obligación de los propietarios y de las comunidades de propietarios de realizar las obras correspondientes [art. 8.a) y b)], siendo uno de los efectos que puede determinar la ejecución de la actuación acordada la de hacer «posible ocupar las superficies de espacios libres o de dominio público que resulten indispensables para la instalación de ascensores u otros elementos, así como las superficies comunes de uso privativo, tales como vestíbulos, descansillos, sobrecubiertas, voladizos y soportales, tanto si se ubican en el suelo, como en el subsuelo o en el vuelo, cuando no resulte viable, técnica o económicamente, ninguna otra solución para garantizar la accesibilidad universal y siempre que asegure la funcionalidad de los espacios libres, dotaciones públicas y demás elementos del dominio público» (art. 10.3); (4) que la «delimitación espacial del ámbito de actuación de rehabilitación edificatoria y de regeneración y renovación urbanas, una vez firme en la vía administrativa, produce, entre otros, los efectos de (a) la «declaración de la utilidad pública o, en su caso, el interés social, a los efectos de la aplicación de los regímenes de expropiación, venta y sustitución forzosas de los bienes y derechos necesarios para su ejecución», (b) «legítima la ocupación de las superficies de espacios libres o de dominio público de titularidad municipal que sean indispensables para la instalación de ascensores u otros elementos para garantizar la accesibilidad universal, siendo la aprobación definitiva causa suficiente para que se establezca una cesión de uso del vuelo por el tiempo en que se mantenga la edificación o, en su caso, su recalificación y desafectación, con enajenación posterior a la comunidad o agrupación de comunidades de propietarios correspondiente» [art. 12.1.a) y b)].

*(Trabajo recibido el 30-8-2017 y aceptado  
para su publicación el 4-10-2017)*



# Problemas de la inscripción de la renuncia abdicativa del dominio en el Registro de la Propiedad

## *Problems of the registration of the abdicative holder of the domain in the Registry of the Property*

por

PEDRO ROBLES LATORRE  
*Profesor Titular de Derecho Civil*  
*Universidad San Pablo CEU*

**RESUMEN:** La renuncia es una facultad que tiene cualquier titular de un derecho. Cuando esta se ejercita sobre un bien inmueble se produce el abandono y el bien pasa a ser propiedad del Estado. La confusa normativa administrativa provoca problemas desde el punto de vista civil y complica la situación registral de los bienes que han sido abandonados poniendo a los registradores de la propiedad ante situaciones de difícil solución.

**ABSTRACT:** *The holder of any right has the legal power to waiver or relinquish it. When this right is exercised regarding real estate assets, abandonment occurs, and the immovable property becomes State-owned. The confusing administrative regulation is problematic from a civil law perspective, and further complicates the registry situation of abandoned property, giving rise to challenging situations for property registrars to solve.*



**PALABRAS CLAVE:** Abandono de propiedad. Registro de la renuncia. Bienes vacantes. Daños a terceros.

**KEY WORDS:** *Abandonment of property. Registration of the waiver. Unoccupied assets. Damages to third party.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA REGULACIÓN DE LOS BIENES VACANTES EN ESPAÑA.—III. PROBLEMAS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA RENUNCIA ABDICATIVA DEL DOMINIO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. ¿ES POSIBLE EL ACCESO DE LA RENUNCIA ABDICATIVA DEL DERECHO DE PROPIEDAD AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD? 2. ¿CIERRA LA INSCRIPCIÓN DE RENUNCIA LA FINCA REGISTRAL? 3. ¿QUÉ TIPO DE ASIENTO ES EL INDICADO PARA HACER CONSTAR DICHA CIRCUNSTANCIA? 4. CONTENIDO DE LA INSCRIPCIÓN. 5. EL PROBLEMA DE LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO 6. EL ESTADO NO SERÁ TERCERO DEL ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA. 7. ¿DEBE EL NOTARIO NOTIFICAR A LA ABOGACÍA DEL ESTADO LA SITUACIÓN DE VACANCIA DEL BIEN INMUEBLE?

## I. INTRODUCCIÓN

La renuncia a la propiedad de bienes inmuebles, además de un tema clásico por afectar a una institución básica del derecho como la propiedad, es un tema de máxima actualidad pues ha sido una de las consecuencias más reseñables de la crisis económica que en los últimos años hemos sufrido.

El número de noticias sobre pueblos abandonados, ciudades con barrios fantasmas, promociones inmobiliarias inacabadas se han multiplicado en todos los periódicos en los años precedentes. La depreciación de los bienes inmuebles y el aumento de obligaciones de carácter fiscal o el pago de comunidades de propietarios han provocado que algunos titulares se hayan planteado el abandono como mecanismo para poner fin a una situación en la que el bien inmueble le provoca más gastos que beneficios.

Esta situación desemboca en la necesidad de repensar la función que puede jugar la figura del abandono de propiedad no solo en el sistema del Derecho civil sino también sus repercusiones en el ámbito registral.

Unido a esta situación nos encontramos con que el régimen de los bienes inmuebles vacantes tiene una dimensión de interés público y como muestra de ello la regulación que sobre los mismos hay en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Por ello el Cuerpo de Abogados del Estado juega un papel importante a la hora de la resolución de los problemas, de la tramitación de expedientes, de la inscripción registral o de la posible impugnación judicial que puede plantear la renuncia a la propiedad de un bien inmueble.

El presente trabajo parte de una descripción de la normativa sobre los bienes vacantes para posteriormente analizar, de una manera más práctica, qué soluciones ha dado la Dirección General de los Registros y el Notariado en los casos en los que se ha visto obligada a pronunciarse sobre la inscripción de la renuncia a la propiedad sobre bienes inmuebles. Una vez descrita la situación y planteados los problemas, se realiza un estudio de las posibles soluciones y de las consecuencias a las que conducen cada una de las opciones.

## II. LA REGULACIÓN DE LOS BIENES VACANTES EN ESPAÑA

Cuando se produce un abandono de una finca y el titular del derecho de propiedad deja de serlo, el bien pasa a una situación de vacancia. Los problemas que puede generar la ejecución del abandono, sus requisitos, así como su prueba frente a terceros son cuestiones ya estudiadas<sup>1</sup>. En cualquier caso, el resultado del abandono es el cambio de situación jurídica de la finca, que pasa de ser propiedad de una persona a ser un bien vacante.

Al ser un bien inmueble, es dudoso que el bien pase a la situación de vacancia. La Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su artículo 17<sup>2</sup>, establece que los inmuebles vacantes pertenecen a la Administración General del Estado, sin necesidad de ningún tipo de declaración, es decir, *ope legis*, si bien no se harán cargo de las cargas que genera la propiedad hasta que no se haya producido una *incorporación efectiva* al patrimonio, lo que tendrá lugar después de la tramitación y resolución del expediente informativo que regula el artículo 47.d) del mismo cuerpo legal y dejando siempre a salvo los posibles derechos de terceros que pudieran verse afectados.

Con la redacción del artículo se plantea un problema que afecta al ámbito civil y también al registral. Por un lado se dice que la adquisición de la propiedad es automática, por lo que desde el momento en el que la renuncia del antiguo propietario es eficaz<sup>3</sup>, la Administración General del Estado se convierte en propietaria del bien, evitando que este se encuentre en situación de vacancia. Sin embargo, se trata de una propiedad que podríamos calificar de peculiar, pues no asume las cargas inherentes a la misma, ni tributariamente ni respecto de otras responsabilidades en tanto en cuanto no se haya resuelto el expediente del artículo 47.d).

De ahí que se deba plantear la situación jurídica del bien durante el periodo que transcurre desde la renuncia a la resolución del expediente, pues, según parece desprenderse de la letra de la ley, la Administración General del Estado será propietaria solo respecto de algunas situaciones, pero no respecto de otras, como por ejemplo el pago de impuestos (IBI) o el pago de comunidades de propietarios<sup>4</sup>. La duda surge para los acreedores que lo son como consecuencia de las propias cargas de la propiedad<sup>5</sup>. Para ellos, según la Ley, la Administra-

ción del Estado no es responsable pero, por otro lado, civilmente el bien ya no pertenece a quien lo abandonó, y por tanto, en principio, tampoco se le puede señalar como responsable. ¿Significa ello que para estos acreedores el bien sí está en situación de vacancia?

El artículo 17 provoca una fuente de situaciones que nos dejan perplejos. Por un lado, declara una adquisición de dominio *ope legis* para inmediatamente desligarse de un conjunto de obligaciones ligadas al dominio en tanto en cuanto no se formalice y se resuelva el expediente informativo. Por otro lado, si la adquisición del dominio es automática, el artículo 24 del Reglamento Hipotecario dispone que «Siempre que el Estado o las Corporaciones civiles adquieran algún inmueble o derecho real, los Delegados de Hacienda, Autoridades o Directores Generales de los ramos bajo cuya dependencia hayan de administrarse, cuidarán de que se recojan los títulos de propiedad, si los hubiere, y de que en todo caso se verifique la inscripción». Así mismo, el artículo 36 de la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas indica ese deber de inscripción. Por tanto, desde que el Estado es propietario existe una obligación legal de que inscriba el bien de su propiedad. Ello no convierte la inscripción del dominio del Estado en un hecho constitutivo. El Estado adquiere por vía legal y desde entonces tiene la obligación de inscribir. Pero interpretando conjuntamente los artículos 17, 36 y 47 de la Ley 33/2003, podría deducirse que si la inscripción solo es posible tras el expediente informativo y que si desde que se es propietario es preceptiva la inscripción, por lógica, solo se será propietario una vez tramitado el expediente informativo, y por ello solo se asumen todas las obligaciones propias del propietario una vez tramitado el expediente. Lo que llevaría, de nuevo, a preguntarse por la titularidad del bien desde la eficacia de la renuncia hasta la asunción por parte del Estado del dominio del bien.

Desde el punto de vista registral, la posición del registrador tampoco es sencilla. La renuncia de la propiedad coloca al bien renunciado en una nueva situación jurídico real y por tanto, si se trata de un bien inmueble, dicha situación jurídico-real debe ser publicitada por el Registro. Si como se ha mantenido, la renuncia es un acto unilateral, bastaría con la declaración del propio renunciante para declarar la eficacia de la misma<sup>6</sup>. Pero el Registrador no podrá inscribir actos que sean perjudiciales para otros titulares inscritos. Algunas de las resoluciones que veremos posteriormente se basan en este argumento para negar la inscripción de la renuncia. Sin embargo, no es fácil afirmar, sin más, que la renuncia de la propiedad produce perjuicios, sobre todo en el caso de renunciaciones en una comunidad de propietarios. Y ello por dos razones. La primera porque pueden existir otros actos que pudieran igualmente ser perjudiciales para los terceros y que sin duda, en ningún caso pasaría un examen sobre su perjuicio. Imaginemos, por ejemplo una donación del bien a una persona insolvente, lo que provocaría un perjuicio a sus compañeros de comunidad. Pero además, si se mantiene que la renuncia de bien inmueble provoca la ad-

quisición de la propiedad por parte de la Administración del Estado, no puede existir perjuicio, pues *ope legis* aparece un nuevo propietario. Si se inscribe un abandono de una finca y ello supone que, según la ley, la Administración General del Estado se convierte en propietaria, el registrador tendría que, por imperativo legal, inscribir la finca a su favor. Sin embargo no parece que, aunque la adquisición de la finca por esta vía tenga carácter originario y se produzca *ope legis*, el registrador pueda inscribir la finca, a pesar de inscribir la renuncia, sin que la Administración General del Estado al menos, le haya solicitado la inscripción, lo que hará tras la tramitación del oportuno expediente administrativo. Lo que de nuevo nos lleva a preguntarnos por la situación sobre la titularidad del bien durante la tramitación del expediente administrativo y su posible estado de vacancia.

Por otro lado, la finalidad del expediente administrativo establecido en el artículo 47<sup>7</sup> es de investigación para evitar la declaración de propiedad de bienes que sean titularidad de un tercero. Sin embargo, en el caso estudiado, que es cuando la renuncia al bien inmueble se ha inscrito en el Registro de la Propiedad, el expediente administrativo no tiene mucho sentido. Pues es el propio Registro el que publica que se ha producido una renuncia por parte de la persona que aparecía como anterior propietaria<sup>8</sup>, por lo que la prueba de la vacancia resulta del propio Registro<sup>9</sup>. Quizá, por esa razón, pudiera inscribirse el bien a nombre de la Administración General del Estado, pero suspendiendo la eficacia de la misma a la finalización del expediente.

El problema de la suspensión de eficacia de la inscripción a favor de la Administración General es que haría cobrar vigencia a la inscripción anterior que es la de renuncia, por lo que de nuevo llegaríamos a la conclusión de que nos encontramos ante un bien vacante, lo que por otro lado, parece que quiere impedir la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Por tanto el registrador se encuentra ante tres posibilidades. La primera, la de suspender la eficacia de la inscripción de la renuncia en tanto en cuanto no se haya aprobado por el Estado el expediente de investigación. Esta solución va contra los requisitos de la renuncia, que es un acto unilateral cuya eficacia, por tanto, no depende de la voluntad de terceros. La segunda posibilidad es proceder automáticamente, una vez inscrita la renuncia a la inscripción de la propiedad a favor del Estado<sup>10</sup>, con el argumento de que la adquisición de la propiedad en este supuesto se produce *ope legis* y de forma inmediata. Esta solución va contra la letra de la Ley, pues según ella parece preceptiva la realización del expediente informador y además parece desde un punto de vista procedimental más correcto que exista algún acto administrativo que formalice la inscripción a favor del Estado. La última posibilidad es que, de forma transitoria, entre la inscripción de la renuncia y la realización del expediente informativo y la inscripción a favor del Estado se concluya que la situación del bien es la de vacancia, y así se haga constar en el Registro. Esta tercera posibilidad, además

de ir contra la letra de la ley, plantea grandes problemas registrales, además de ser contraria a la propia naturaleza de la función registral.

Por tanto, y a modo de conclusión, la inscripción en el Registro de la Propiedad de una renuncia abdicativa de dominio plantea serios problemas desde el punto de vista registral.

### III. PROBLEMAS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA RENUNCIA ABDICATIVA DEL DOMINIO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El cometido del Registro de la Propiedad es dar publicidad a todos los hechos con trascendencia real que afecten a las fincas en él inscritas. Por ello, en el artículo 2, la LH establece títulos, contratos y resoluciones que se deben inscribir en el Registro. Artículo que debe ser completado con el 7 del RH y con la abundantísima jurisprudencia registral que se ha dictado sobre el denominado problema del *numerus clausus*, *numerus apertus* de nuestro sistema registral.

Una de las funciones principales del Registro es la determinación del titular de una finca. La primera inscripción de la finca debe ser de dominio (art. 7 LH) y aunque dicha inscripción no supone una certeza absoluta sobre la realidad del dominio, si concede una publicidad en la que pueden confiar los terceros (art. 34 LH) y una presunción de veracidad que deberá ser desacreditada por quien sea interesado (art. 38 LH). Por tanto, el Registro de la Propiedad, como mínimo, debe informar sobre la titularidad de cada una de las fincas inscritas y todo el sistema registral gira sobre la premisa del conocimiento de la titularidad del bien, coincida o no con la realidad extrarregistral.

A lo largo de la vida registral de la finca podrán inscribirse multitud de diferentes derechos (transmisiones, derechos reales limitados, condiciones, embargos, etc) pero este trabajo se va a centrar en solo un tipo de asiento, que es el de la renuncia abdicativa de la propiedad. No es una situación frecuente, pero plantea no pocas dudas.

#### 1. ¿ES POSIBLE EL ACCESO DE LA RENUNCIA ABDICATIVA DEL DERECHO DE PROPIEDAD AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD?

La primera duda que se suscita es la simple posibilidad de que la renuncia de la propiedad, cuando tiene carácter abdicativo, pueda ser inscrita.

La renuncia abdicativa al derecho de propiedad de un inmueble no supone que dicho bien se convierta en *res nullius*, al menos de forma permanente. El artículo 17 de la LPAP regula la situación de los inmuebles vacantes, atribuyendo su propiedad al Estado *ope legis*. Sin embargo, aunque la renuncia abdicativa implique de hecho un cambio de titularidad del bien inmueble, no se convierte

en renuncia traslativa del dominio, pues la adquisición que hace la Administración pública no es una adquisición derivativa, sino originaria y la causa de dicha atribución no es la voluntad del transmitente sino la letra imperativa de la Ley<sup>11</sup>. Por tanto, parece que no es incorrecto hablar, al menos teóricamente, de renuncia abdicativa del derecho de propiedad de bienes inmuebles. Cuestión diferente es que teniendo en cuenta los requisitos que para la renuncia de derechos establece el artículo 6.2 del Código Civil y que la mera titularidad de la propiedad implique una función social que en el caso de los inmuebles conlleva un conjunto de obligaciones *propter rem*, la ejecución de la renuncia al derecho de propiedad no sea tan sencilla como la realización de una declaración de voluntad y el abandono de los bienes<sup>12</sup>.

Una vez aclarado que es posible renunciar a la propiedad de los bienes inmuebles se debe plantear si dicha renuncia es inscribible en el Registro de la Propiedad<sup>13</sup>. Como se ha dicho, es el artículo 2 LH en relación con el artículo 7 RH los que determinan qué hechos con trascendencia real tienen acceso al Registro de la Propiedad. La jurisprudencia registral que interpreta dichos artículos es partidaria de un sistema de *numerus apertus* en cuanto a la posibilidad de inscripción de derechos con trascendencia real no tipificados en los artículos precitados<sup>14</sup>.

En cuatro ocasiones, en los últimos años, se ha pronunciado la DGRN sobre el acceso a la publicidad registral de la renuncia a la propiedad de bienes inmuebles<sup>15</sup>.

Realmente, dos de los cuatro casos son el mismo y tanto la resolución de 10 de enero de 2003 (ref. 2186) como la de 18 de febrero de 2003 (ref. 2275), con idénticos argumentos resuelven en contra de la calificación denegatoria del registrador. En este caso la renuncia era sobre fincas individuales que no pertenecían a ningún tipo de propiedad horizontal.

El registrador argumentaba que el acto no era inscribible porque dicha renuncia *no aparece recogida en el número 1 del artículo 2 de la Ley Hipotecaria como título inscribible, a diferencia de lo establecido en el número 2 del mismo articulado para los derechos reales limitados de dominio*. Además, según su criterio, la inscripción de la renuncia podría ir contra el orden público económico y la inscripción de la renuncia implicaría una desinscripción del bien<sup>16</sup>.

Frente a dicha calificación se adujo que el derecho de propiedad, como cualquier otro derecho es renunciabile<sup>17</sup>, y que el sistema de inscripción que establecen los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento es un sistema de números *apertus*, como reiteradamente ha declarado la Dirección General de Registros y Notariado<sup>18</sup>.

La DGRN, ratificando la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, decidió que la renuncia abdicativa de dominio es inscribible en el Registro de la Propiedad<sup>19</sup>. Y la decisión parece acertada, pues la renuncia es un acto jurídico que afecta a un derecho real sobre un bien inmueble en concreto,

por lo que parece normal permitir su inscripción<sup>20</sup>. Sin embargo, la DGRN no entró a valorar la nueva situación sobre la titularidad del bien. Expresamente elude el pronunciamiento<sup>21</sup>. Esta resolución provoca la duda de si al inscribir la renuncia se debe declarar el estado de vacancia del bien o por el contrario la adquisición de la propiedad por la Administración General del Estado. Para el primer supuesto, parece seguro que la DGRN no tuvo en cuenta los problemas que dicha inscripción provoca. Y los provoca porque la inscripción de la renuncia va contra el eje angular sobre el que se edifica la función registral y la declaración de propiedad de quién es el titular de la finca y normalmente su propietario. Como se ha dicho antes el cometido del Registro es dar publicidad y todo gira en torno a quién es el titular de la finca registral. Si lo que el Registro dice es quién no es titular, muchas de sus funciones y muchos de sus mecanismos de funcionamiento se ven resentidos.

Quizá, para evitar esta situación, en resolución de 30 de agosto de 2013 (ref. 6690) la DGRN, confirma la opinión del registrador de la propiedad y opta por negar la inscripción de la renuncia. En el caso concreto se renuncia a una finca registral que está integrada en un edificio sometido a propiedad horizontal, lo que va a resultar esencial en la decisión de la DGRN pues, según su criterio, es imprescindible la comunicación de la renuncia a todos los interesados, identificando como tales a los integrantes de la propiedad horizontal, utilizando para tal razonamiento, de forma analógica, la normativa del contrato de sociedad.

Por tanto, en esta segunda resolución la DGRN no permite la inscripción de la renuncia al derecho de propiedad por no acompañarse del consentimiento de los posibles perjudicados. Si bien en el fundamento séptimo, hace un reconocimiento expreso al derecho de renuncia, pues «*la prohibición de vínculos perpetuos, en efecto, es de orden público*», sin embargo, para la inscripción de la misma, busca argumentos que la impidan.

Estos argumentos son que la propiedad de una finca que forma parte de una propiedad horizontal es diferente a la que recae sobre una que no lo está en función de las obligaciones que implica la presencia de elementos comunes; que la presencia de vecinos (copropietarios) de las zonas comunes los convierte en terceros o en algo más que terceros<sup>22</sup> (acude a la analogía de la sociedad)<sup>23</sup>, cuyos intereses deben ser protegidos y tutelados por el registrador al aparecer inscritos.

Y busca argumentos para impedir la inscripción porque la renuncia estudiada en este caso —la de una finca privada perteneciente a una propiedad horizontal— no debería ser tratada de forma diferente a la de las dos resoluciones anteriores. Ya parece forzado equiparar la renuncia de un bien de propiedad única (por mucho que se incluya en una propiedad horizontal) con la renuncia de cuota de bien proindiviso de la que habla el artículo 395 del Código Civil (analogía que habría sido más acertada). Pero además es que en dicho artículo tampoco se exige, para la eficacia de la renuncia, el consentimiento del resto de comuneros

a la misma<sup>24</sup>. Si se considera que dicha renuncia les perjudica deberían acudir al artículo 6.2 del Código Civil y solicitar que judicialmente se declarase el perjuicio que le causa la renuncia para hacerla ineficaz, pero en ningún caso, legalmente, se solicita un consentimiento previo para hacer eficaz la renuncia.

Quizá por ello la DGRN, en una solución que ha sido calificada como pragmática<sup>25</sup>, acude analógicamente a los artículos de la sociedad, en los que la renuncia debe ser comunicada (aunque no dice que debe ser aceptada) al resto de los socios, pero en donde el juego de la buena fe permite alegar la inoponibilidad de la misma. Sin embargo, parece dudoso que sean aplicable analógicamente dichas normas. Mientras la sociedad nace de un acuerdo común de voluntades, la propiedad horizontal nace directamente de la ley, sin que los dueños de los pisos puedan evitarla. Por otro lado y por la misma razón, los lazos y compromisos entre socios parecen de una naturaleza diversa de los que surgen entre los vecinos por razón de la convivencia y de la copropiedad de elementos comunes. En definitiva, parece forzosa la aplicación analógica de esta solución.

Y ello dando por sentado que la renuncia del propietario produce un acrecimiento en el resto de copropietarios —como parece desprenderse de la argumentación de la resolución—, lo que es más que dudoso. Es más, lo correcto es pensar que la renuncia del inmueble lo deja en situación de vacancia y, por tanto, pasará a ser de propiedad estatal en las condiciones legalmente establecidas y será el Estado el que deba asumir, desde que es titular del bien, las cargas y pagos que la propiedad conlleva.

Por ello parece más correcta la doctrina sentada en las primeras resoluciones de permitir el acceso al registro público de la renuncia al derecho de propiedad, a pesar de los problemas jurídicos que de ello se derivan. Y ello, simplemente, en función de la finalidad propia del Registro de la Propiedad. Si el abandono es una de las facultades del propietario que conlleva consecuencias en la situación jurídica real del bien, dicha circunstancia debe ser publicitada en el Registro.

Por último, la resolución de 21 de octubre de 2014 (referencia 6101) estudia el caso en el que la renuncia recae sobre un derecho de aprovechamiento por turnos que recae sobre una finca que pertenece a un bloque sometido a propiedad horizontal, que a su vez forma parte de un complejo, que igualmente se rige por un sistema de propiedad horizontal. Según parece deducirse de la escritura en la que se otorga el derecho de uso se configura por medio de una atribución de una cuota parte de la propiedad de la finca. En este caso sí que se trata de una auténtica copropiedad (no como en el supuesto de la propiedad horizontal), por lo que sí sería aplicable el artículo 395 del Código. Aunque la naturaleza especial del derecho de aprovechamiento por turnos y su legislación actual, que intenta apartarlo del derecho de propiedad, podrían justificar una mera cancelación del derecho y la atribución de la propiedad al otorgante del derecho de uso. En cualquier caso, esa posibilidad —la cancelación del derecho—, si el aprovechamiento por turnos se configuró como traspaso de cuota



de propiedad, no parece viable. La DGRN vuelve a utilizar los argumentos de la resolución de 30 de agosto de 2013 y vuelve a negar que la renuncia sea inscribible por faltar la notificación a los interesados (en este caso debemos dudar si los interesados son los cousuarios de la finca compartida, si además de ellos también los vecinos del bloque en el que se asienta el piso —que por otra parte, seguramente, estaba sometido al mismo régimen de explotación—, y por último si al encuadrarse en un complejo de varios edificios sometido a propiedad horizontal, la comunicación debía hacerse también al resto de propietarios del resto del complejo...).

Igualmente, la DGRN deja claro que la renuncia es un derecho inherente al propietario y que por tanto, al afectar a derechos reales sería inscribible<sup>26</sup>. Sin embargo, si para hacer efectiva la renuncia exige que sea acompañada del consentimiento de todos y cada uno de los interesados (en este caso, copropietarios del piso sometido al régimen de aprovechamientos por turnos, copropietarios del edificio y copropietarios de la mancomunidad) lo que hace es, por un lado, afirmar la existencia de un derecho pero, por otro, negarlo al hacer imposible su ejercicio.

De la lectura de las resoluciones se puede concluir que la DGRN afirma la posibilidad de renunciar a la propiedad y que dicha renuncia sea inscribible en el Registro de la Propiedad, pero no explica cómo debe hacerse dicha inscripción, si existe un periodo de transición entre la titularidad renunciada y la adquisición por parte del Estado, ni qué consecuencias tendría la inscripción respecto a terceros interesados. Sin embargo, sí que parece que al imaginarse los posibles problemas que puede crear la situación de la inscripción de la renuncia, decide impedir el ejercicio de tal derecho por medio de solicitar requisitos, como el consentimiento de los copropietarios de la finca sometida a propiedad horizontal, que no tienen un apoyo legal claro.

De hecho, cuando no es posible inscribir la renuncia efectuada por problemas formales la DGRN sí que se aventura a dar una solución, que es la inscripción del bien a favor del Estado, obviando, eso sí, el problema de qué ocurre en el periodo que transcurre desde la eficacia de la renuncia y la finalización del expediente informativo<sup>27</sup>.

Ante esta situación y sobre todo ante el silencio de la DGRN sobre las consecuencias de la inscripción de la renuncia en el Registro de la Propiedad surgen no pocas dudas.

## 2. ¿CIERRA LA INSCRIPCIÓN DE RENUNCIA LA FINCA REGISTRAL?

Podría pensarse que, al igual que la primera inscripción tiene que ser de dominio y sobre ella gira toda la vida registral de la finca, la inscripción de la renuncia produciría el cierre de la finca y por tanto su desinscripción<sup>28</sup>. No

parece defendible esta idea. Los supuestos de cierre de fincas en el Registro de la Propiedad sí que es un *numerus clausus*<sup>29</sup> y desde luego la excepción de la regla. Además de que en dichos casos no se produce la desaparición registral del bien registrado (si de la finca) sino su transformación registral bien como parte de otra finca, bien como varias fincas nuevas. Dicho de otro modo. Un bien inmueble que es inscrito en el Registro lo estará ya de por vida.

Otro problema, que no necesariamente tiene que ver con la renuncia de la propiedad es el de si es posible la petición de desinscripción de una finca inscrita y partiendo de la base de que no existiese ningún tercero perjudicado. Si en nuestro sistema la inscripción es voluntaria podría pensarse que igualmente, una declaración de voluntad podría producir el efecto contrario, es decir, la desinscripción de la finca.

Sin embargo, la cancelación de los datos sobre una finca, al contrario de lo que ocurre con los datos de carácter personal, no es un derecho del titular de la misma. No está previsto legalmente que el propietario de una finca, incluso cuando demostrase que dicha cancelación no produce perjuicio a nadie, tenga la potestad de solicitar que la finca inscrita desaparezca del Registro de la Propiedad<sup>30</sup>. La finca (o mejor dicho el terreno al que representa), una vez inmatriculada, permanecerá por siempre, de una u otra forma, en el Registro. Razones de orden público, como la protección de acreedores y por tanto del crédito, avalan la decisión política de que no sea posible la desinscripción de una finca. Lo que no implica que se pueda renunciar al derecho de propiedad que sobre dicha finca recae, con las consecuencias jurídicas que de dicha renuncia se deriven.

Tampoco parece defendible la idea de que la inscripción de la renuncia del dominio del titular registral reviva la propiedad del anterior titular inscrito. Es cierto que la cancelación de determinados asientos registrales tiene como consecuencia la vuelta de la finca a un estado anterior. Así, por ejemplo, la declaración de nulidad o la resolución de un contrato y su inscripción en el Registro de la Propiedad tiene como consecuencia la declaración de propiedad del anterior titular. O la cancelación de una hipoteca tiene como consecuencia que la titularidad de la finca vuelva al estado anterior a la de la creación del derecho de garantía. Sin embargo, no parece lógico que *el asiento de cancelación del derecho de propiedad*<sup>31</sup>, como consecuencia de una renuncia abdicativa tenga la consecuencia de que el anterior propietario recobre la propiedad, incluso sin su conocimiento.

Lo que parece indudable es que la situación jurídico real que provoca la renuncia abdicativa del dominio puede y debe tener reflejo en el Registro de la Propiedad<sup>32</sup>, y que claramente no provoca ni la desinscripción del bien abandonado, ni produce el cierre de la finca registral, ni retrotrae la situación registral a la previa a la renuncia. Por ello es necesario estudiar como accede dicha renuncia al Registro de la Propiedad y qué consecuencias registrales debe tener la publicidad de la renuncia.

### 3. ¿QUÉ TIPO DE ASIENTO ES EL INDICADO PARA HACER CONSTAR DICHA CIRCUNSTANCIA?

En cuanto al tipo de asiento con el que se debe hacer constar la renuncia puede dudarse sobre el acierto de realizar un asiento de cancelación<sup>33</sup> o por el contrario realizar una inscripción. Si se define la cancelación como «*Un asiento accesorio<sup>34</sup> y definitivo, por el que se extingue un asiento anterior y a consecuencia del cual se presume extinguido el derecho a que se refería el asiento cancelado*»<sup>35</sup>, podría pensarse que la renuncia a la propiedad reúne dichos requisitos pues, efectivamente, el abandono de la propiedad provoca un asiento definitivo y además, por él se extingue un asiento anterior (el declarativo de la propiedad de la finca, sea la inmatriculación o no) además de extinguir el derecho en él contenido<sup>36</sup>. Sin embargo, los asientos de cancelaciones están pensados, primordialmente, o bien para la declaración de término de derechos reales limitados o de garantía o bien para la cancelación de diferentes circunstancias que pueden afectar al derecho real inscrito (condiciones, prohibiciones de disponer, embargos, anotaciones preventivas, derechos de opción no ejercitados, pactos de retroventa no ejecutados, etc.) pero no para la extinción del derecho real pleno de propiedad<sup>37</sup>. Parece que el tipo de asiento en el que se debe hacer constar la renuncia es una inscripción y no una cancelación y ello porque como consecuencia del acceso al Registro no simplemente se publicita un hecho negativo (extinción de un derecho y vuelta a la situación registral previa), sino que la renuncia produce *per se*, un hecho positivo, como es la adquisición de la propiedad, *ope legis*, por el Estado, si bien es cierto que será necesario un expediente administrativo que formalice dicha adquisición y la inscripción posterior a favor del Estado.

Por tanto, la renuncia debe ser anotada en el Registro por medio de inscripción<sup>38</sup>. Otro problema, diferente, es el contenido de dicha inscripción. Si debe ser inscrita a favor del Estado, de modo automático, aunque pendiente de la aceptación por parte de este por medio del expediente administrativo previsto al efecto, o por el contrario debe inscribirse la renuncia dando lugar a una situación de vacancia (y que así se refleje registralmente) en tanto en cuanto no sea aceptada por el Estado por medio del expediente citado. Por tanto, inscripción, sea cual sea su contenido<sup>39</sup>.

### 4. CONTENIDO DE LA INSCRIPCIÓN

La inscripción de la renuncia debe publicitar frente a terceros que el antiguo propietario ha dejado de serlo. Una vez otorgada la escritura por la que se produce la renuncia a la propiedad, o bien dicha renuncia no es eficaz y el propietario sigue siendo responsable (al menos hasta que la Administración General del Estado termine el expediente informativo y admita la propiedad), o bien la finca no pertenece al renunciante pero tampoco al Estado y por tanto está vacante<sup>40</sup>, o bien pertenece al

Estado, pero este no asume las cargas<sup>41</sup>. El problema es qué consecuencias jurídicas tiene la inscripción de la renuncia en el Registro de la Propiedad.

Ninguna de las tres posibilidades parece adecuada. La primera porque no hay ningún precepto legal que haga depender la eficacia de una renuncia al derecho a la propiedad de la voluntad de un tercero<sup>42</sup>. La segunda porque iría contra la letra del artículo 17 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Y la tercera porque iría contra el artículo 1911 del Código Civil al no hacer responsable de determinadas obligaciones al deudor, en este caso, obligaciones derivadas del derecho de propiedad.

Desde un punto de vista civil, el artículo 17 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas es difícilmente comprensible, puesto que después de afirmar que los bienes se adquieren por medio de la ley sin necesidad de acto o declaración alguna, inmediatamente afirma la necesidad de ciertos trámites para la efectiva incorporación al patrimonio del Estado. Se entiende la introducción de la segunda frase del segundo párrafo como una necesidad para que el Estado no asuma las cargas tributarias y civiles que conlleva la propiedad. Pero ello provoca una situación en la que existiendo un propietario, este no asume legalmente las cargas del bien.

Se podría intentar justificar este periodo de *¿suspensión?* de la propiedad estatal en la necesidad de investigar si el bien está realmente vacante. Sin embargo, cuando el hecho de la vacancia proviene de una renuncia inscrita en el Registro de la Propiedad, tiene presunción de veracidad y, aun siendo otra la realidad extrarregistral, para terceros, incluido el Estado, dicho bien está vacante.

Si, como afirma la segunda frase del número dos del artículo 17 de la Ley, es necesario un procedimiento administrativo para la *efectiva incorporación* de los bienes al patrimonio, en el periodo que transcurre desde la renuncia a la finalización del expediente podría considerarse correcta la inscripción del bien inmueble en situación de vacancia, haciendo mención de la tramitación del expediente y por tanto de una posible adquisición por parte del Estado.

Por el contrario, si se hace prevalecer el primer párrafo del artículo 17 así como la primera frase del punto dos del citado artículo debería procederse a la inscripción a nombre del Estado, si bien en tanto no terminase el expediente del artículo 47 las obligaciones generadas por la titularidad del bien no serán asumidas por la Administración General de Estado, lo que civilmente nos llevaría a un titular de propiedad irresponsable de las cargas que ella conlleva, situación que no es aceptable.

## 5. EL PROBLEMA DE LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO

El artículo 20 de la LH recoge el principio de tracto sucesivo en virtud del cual «*Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven*

*modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos».* Pero en el caso que nos ocupa el problema es que la inscripción, lo que consta en el Registro, es la falta de un derecho, el de propiedad. Por tanto nadie podrá traer causa, ni del derecho de propiedad ni de ningún derecho real limitado otorgado por el extitular con posterioridad a la renuncia, ni de ningún derecho real de garantía otorgado por el extitular con posterioridad a la renuncia.

Esta situación acaece siempre que la inscripción de la propiedad tiene su base en una adquisición de tipo originario y no derivativo. Así ocurre en la inscripción de la propiedad de una finca inscrita derivada de una adquisición por usucapión contra tabulas reconocida judicialmente o en aquellas adquisiciones cuya causa es una adquisición legal, como es el caso que se estudia. En el caso de la usucapión será, aun tratándose de un caso de adquisición originaria, el registrador quien, para realizar la inscripción, debería asegurarse que la persona demandada en el proceso judicial fuese el titular registral que pierde su derecho por prescripción<sup>43</sup>. Se justifica de este modo, de alguna manera, un cierto tracto sucesivo, aunque no en el sentido del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, para el supuesto de adquisición por el Estado de los bienes abandonados en virtud de lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley de Patrimonio, el Registrador no deberá tener en cuenta el principio de tracto sucesivo y, una vez inscrita la renuncia del derecho deberá, o bien inscribir el bien como *res nullius* de forma transitoria<sup>44</sup> hasta que la Administración termine el expediente del artículo 47 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, o bien realizar la inscripción directamente a favor del Estado, tal y como dice el artículo 17 del citado precepto.

En cualquier caso hay que diferenciar la inscripción del acto de renuncia del antiguo titular y la inscripción del acto de adquisición por parte de la Administración del Estado. Es cierto que uno es la causa y la consecuencia del otro, pero jurídicamente son actos diferentes y por tanto deberían constar en el Registro en asientos separados, uno de renuncia y otro de adquisición. Si para la adquisición es preceptivo, como se ha mantenido<sup>45</sup>, la tramitación del expediente, parece claro que desde la renuncia a la adquisición debería admitirse una situación de vacancia del bien. Si por el contrario, como parece más conforme a la letra y al espíritu de la Ley, la adquisición es *ope legis*, la inscripción de adquisición debería ser automática a la de renuncia, con independencia de que se haya sustanciado o no la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo para la averiguación de la situación de vacancia. Y esto, por lo anteriormente argumentado referente a la fe pública registral<sup>46</sup>.

No se trata de un supuesto de tracto abreviado. Simplemente, en las adquisiciones que no son derivativas, no es predicable el principio de tracto sucesivo.

6. EL ESTADO NO SERÁ TERCERO DEL ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA

La inscripción de una renuncia en el Registro de la Propiedad implica que el siguiente titular registral no podrá gozar de la cualidad de tercero hipotecario. En el caso de que la consecuencia de la renuncia sea la inscripción como *res nullius* de la finca es evidente que si no hay titular no puede ser tercero. Pero incluso para el caso de que se inscribiera la finca a nombre del Estado, al ser la adquisición originaria, no cumpliría el requisito exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria de que el inscrito traiga causa del anterior titular por lo que su situación sería parecida a la del inmatriculante de finca y por lo tanto le sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 207 LH, por lo que habría un periodo de suspensión de la fe pública registral de 2 años.

Al tratarse de una adquisición originaria, como ocurre en los casos de adquisición por usucapión, debería plantearse cómo afecta la renuncia de la propiedad a los titulares de derechos reales limitados o de garantía que recaigan sobre la finca abandonada. El mero hecho de la renuncia y por tanto la asunción de la propiedad por parte del Estado no parece que perjudique *per se* a los titulares de este tipo de derechos. El acreedor hipotecario seguirá teniendo la misma garantía y el titular de una servidumbre o el titular de un usufructo podrá seguir oponiendo dicho derecho real al nuevo titular, como ocurriría si la adquisición fuese derivativa. Si se acepta que durante la tramitación del expediente informativo el bien se encuentra en una situación de vacancia sí que es posible que se produzca algún tipo de perjuicio, ante la ausencia de un titular del bien, pero en dicho caso, los titulares de dichos derechos reales podrán solicitar la ineficacia de la renuncia por ser terceros a los que se les causa un perjuicio, de acuerdo al régimen general del título preliminar del Código Civil.

A pesar de que el Estado tiene una adquisición originaria, al igual que ocurre en el caso de la usucapión, sin embargo no parece que pueda argumentarse que, por analogía, le sea aplicable la doctrina de la usucapión liberatoria. Esta doctrina tiene su base en la imposibilidad de compatibilizar determinados disfrutes de derechos reales con la existencia de una situación de usucapión, mientras que aquellos derechos reales cuya posesión sea compatible con la usucapión se mantiene frente al usucapiente. Por el contrario, en la situación estudiada, la adquisición de la propiedad por parte del Estado, que también tiene un origen legal, no requiere, por el contrario, ningún tipo de posesión previa y continuada, por lo que es perfectamente posible que un usufructuario, cuyo nudo propietario haya renunciado a la propiedad, pueda seguir oponiendo dicho usufructo al nuevo propietario legal, que será el Estado.

Igualmente, los titulares de embargos previos sobre los bienes abandonados difícilmente podrán alegar que el abandono les causa un perjuicio. En primer lugar porque su deudor no deja de ser tal por el hecho de que haya abandonado un bien de su propiedad. Pero además porque el abandono de su deudor,

a efectos de garantía de su deuda le es indiferente, pues el bien abandonado, al haber sido previamente embargado, sigue afecto al pago de la deuda. Sí que podría plantearse un problema de notificaciones en el posible periodo de vacancia, hasta que el Estado asuma la titularidad del bien tras el expediente informativo. Pero en dicho caso, de nuevo, la vía de impugnación de la renuncia será la establecida por el artículo 6 del Código Civil.

7. ¿DEBE EL NOTARIO NOTIFICAR A LA ABOGACÍA DEL ESTADO LA SITUACIÓN DE VACANCIA DEL BIEN INMUEBLE?

A fin de agilizar el requisito de la realización del expediente informativo que exige la Ley de Patrimonio del Estado, el notario autorizante de una escritura en el que el titular de una finca renunciase a su propiedad, debería notificar inmediatamente dicho otorgamiento a la Dirección General de Patrimonio a fin de que la Abogacía del Estado iniciara la tramitación del correspondiente expediente. De este modo se evitaría que desde que la renuncia tuviera efecto, que debería ser justo desde el momento de realizarla y fuera oponible a terceros de buena fe, desde el momento de su inscripción, hasta que se asumiese la titularidad por el Estado, el periodo de tiempo que transcurriese fuese excesivamente dilatado.

En verdad, toda esta situación es provocada por la confusa redacción del artículo 17 de la LPAP. El artículo debería dejar claro si el momento de adquisición de la propiedad por parte del Estado es una vez tramitado el expediente o por el contrario la adquisición se produce *ope legis* en el momento de la renuncia. Pero la situación actual en la que se afirma que la adquisición es automática pero que el Estado no asume sus obligaciones hasta la tramitación del expediente provoca desde el punto de vista civil una situación de indeterminación que produce no pocas dudas y situaciones de difícil solución como se ha demostrado que es la inscripción de la renuncia y sus consecuencias.

## CONCLUSIONES

I. La renuncia al derecho de propiedad sobre un bien inmueble es un acto con transcendencia jurídico real y por tanto tiene acceso al Registro de la Propiedad

II. La inscripción de la renuncia, a pesar de poner fin a un derecho inscrito, no debe hacerse con un asiento de cancelación, sino con un asiento de inscripción.

III. El registrador de la propiedad debe inscribir la renuncia calificando legalmente la documentación presentada, pero sin presumir la existencia de

perjuicios para terceros. Deben ser los terceros perjudicados los que por vía judicial deben tutelar sus intereses.

IV. Una vez realizada la inscripción de la renuncia el registrador solo podrá inscribir a favor del Estado una vez que se haya tramitado el expediente administrativo y exista un acto administrativo inscribible.

V. Durante el periodo temporal que transcurre desde la inscripción de la renuncia hasta la inscripción a favor del Estado el bien se encuentra en un estado de indefinición dominical consecuencia de la pésima redacción del artículo 17 de la Ley 33/2003 de Patrimonio de la Administración del Estado.

VI. Es urgente que legalmente se aclare el momento de adquisición por parte del Estado del dominio sobre el bien inmueble abandonado y desde entonces asuma todas las obligaciones del propietario. Bien sea desde el momento del abandono, bien sea desde el momento de la inscripción del bien a favor del Estado, pero la situación actual es una fuente de confusión y pone a los Registradores de la Propiedad ante una encrucijada difícilmente resoluble.

## RESOLUCIONES CITADAS

- Resolución de 10 de enero de 2003
- Resolución de 18 de febrero de 2003
- Resolución de 30 de agosto de 2013
- Resolución de 21 de octubre de 2014
- Resolución de 5 de mayo de 2015

## BIBLIOGRAFÍA

- AVILÉS GARCÍA, J., Resolución de 30 de agosto de 2013. Recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Granada número 6 a inscribir una escritura de renuncia abdicativa de dominio, *CCJC*, núm. 94, 2014.
- CHACÓN, J., Cancelaciones que establecen la Ley y el Reglamento hipotecario, *RCDI*, 1950.
- CHICO Y ORTIZ, J.M., *Estudios sobre Derecho hipotecario*, Tomo II, Edit. Marcial Pons, Madrid 1994.
- DE LA RICA Y MARITORENA, R., La cancelación hipotecaria, *RCDI*, 1974.
- DEL POZO SIERRA, B., *La compatibilidad jurídica entre el derecho del Estado en la sucesión intestada y como titular de bienes vacantes*. Edit. Dykinson, Madrid, 2013.
- GÓMEZ DÍEZ, J., Renuncia a la propiedad horizontal y a la multipropiedad (resoluciones de 30 de agosto de 2013 y 21 de octubre de 2014), *RCDI*, 2016.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., La renuncia en el Derecho Inmobiliario, *RCDI*, 1931.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., La renuncia al dominio en un régimen de propiedad horizontal. *RCDI*, 2014.



GUTIÉRREZ JEREZ, L.J., La renuncia abdicativa de dominio sobre local de negocio y la adquisición del dominio por el Estado en <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=104>.  
POU DE AVILÉS, J.M., *La renuncia en el derecho civil español*. Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Octavio Pérez-Vitoria, tomo II, Ed. Bosch, 1983, Barcelona.  
PRADA ÁLVAREZ BUYLLA, P., *Notas para una teoría general de la extinción de asientos registrales*. RCDI, 1973.  
ROCA SASTRE, R., Derecho Hipotecario, Tomo 1, Edit. Bosch, Barcelona 1954.  
ZUMALACÁRREGUI M.-CORDOVA, J., en *Meditaciones en torno a la cancelación*, RCDI, 1967.

## NOTAS

<sup>1</sup> GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., La renuncia en el Derecho Inmobiliario, RCDI, 1931, 35 y sigs.; POU DE AVILÉS, J.M. La renuncia en el derecho civil español. Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Octavio Pérez-Vitoria, tomo II, Ed. Bosch, 1983, Barcelona, 695 y sigs.; GÓNI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. La renuncia al dominio en un régimen de propiedad horizontal. RCDI, 2014, 3346 y sigs.

<sup>2</sup> Artículo 17. Inmuebles vacantes:

1. Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño.

2. La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la Ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. No obstante, de esta atribución no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquella a través de los trámites prevenidos en el párrafo d) del artículo 47 de esta Ley.

3. La Administración General del Estado podrá tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero.

4. Si existiese un poseedor en concepto de dueño, la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil.

<sup>3</sup> La eficacia *erga omnes* de la renuncia se consigue a través de la apariencia de abandono y de la declaración de voluntad de que el bien ha sido abandonado. Por ello, para que sea plenamente eficaz conviene realizar la renuncia de modo notarial. La inscripción de la renuncia en el Registro de la Propiedad no la dota de una mayor eficacia, pero si de una mayor publicidad y por ello de una mayor oponibilidad. Así por ejemplo, la renuncia provocará que el extitular del bien deje de ser deudor de los gastos que genere la propiedad desde el momento de la renuncia, aunque los acreedores puedan seguir embargando dicho bien por las deudas que el propio bien genere y por las que legalmente el propio bien responde, como por ejemplo las deudas ordinarias de la Comunidad de propietarios o el pago de los impuestos.

<sup>4</sup> GÓMEZ DÍEZ, J. Renuncia a la propiedad horizontal y a la multipropiedad (resoluciones de 30 de agosto de 2013 y 21 de octubre de 2014), RCDI, 2016, 2530, se plantea si realmente este tipo de cargas están incluidas en lo establecido en el artículo 17 al decir que «*la norma no habla de obligaciones propter rem, sino de obligaciones tributarias y de responsabilidades rationi dominio, por lo que no es inviable una interpretación estricta que no exima de las obligaciones de la propiedad horizontal (que por supuesto no son obligaciones tributarias)*» Por mi parte, sin embargo, pienso que los gastos de comunidad están incluidos entre los que piensa el artículo 17 y ello porque no veo diferencias entre las llamadas obligaciones *propter rem* y lo que la ley denomina por razón de la propiedad de los bienes.

<sup>5</sup> Pensemos en las Comunidades de propietarios o en la Administración local respecto del pago de impuestos municipales

<sup>6</sup> Esta declaración de voluntad debería constar en una escritura pública, en la que el notario autorizante fiscalizase la capacidad del otorgante. No sería suficiente, como afirma la Resolución de 5 de mayo de 2015 con un acta notarial.

<sup>7</sup> Artículo 47. Procedimiento de investigación.

Reglamentariamente se regulará el procedimiento que ha de seguirse para la investigación de los bienes y derechos, con sujeción a las siguientes normas:

a) El procedimiento se iniciará de oficio, por iniciativa propia o por denuncia de particulares. En el caso de denuncia, la Dirección General del Patrimonio del Estado resolverá sobre su admisibilidad y ordenará, en su caso, el inicio del procedimiento de investigación.

b) El acuerdo de incoación del procedimiento de investigación se publicará gratuitamente en el «Boletín Oficial del Estado», sin perjuicio de la posibilidad de utilizar adicionalmente otros medios de difusión.

Una copia del acuerdo será remitida al ayuntamiento en cuyo término radique el bien, para su exposición al público en el tablón de edictos.

c) La Abogacía del Estado o los órganos a los que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas dependientes de la Administración General del Estado deberán emitir informe sobre la admisibilidad de las pruebas propuestas por los interesados.

d) Cuando se considere suficientemente acreditada la titularidad de la Administración General del Estado sobre el bien o derecho, se declarará así en la resolución que ponga fin al procedimiento y se procederá a su tasación, a su inclusión en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado y a su inscripción en el Registro de la Propiedad, así como a la adopción, en su caso, de cuantas medidas sean procedentes para obtener su posesión.

e) Si el expediente de investigación no fuese resuelto en el plazo de dos años contados desde el día siguiente al de la publicación prevista en el párrafo b) de este artículo, el órgano instructor acordará sin más trámite el archivo de las actuaciones.

<sup>8</sup> Propietaria frente a terceros por estar inscrita en el Registro de la Propiedad, y por tanto dicha inscripción también hace prueba de su titularidad, ahora renunciada, frente a la Administración del Estado.

<sup>9</sup> Dicho de otro modo. Si la Administración comprase el bien al titular registral, incluso aunque este no fuese el verdadero propietario, por aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, para la Administración y para cualquier tercero, el titular inscrito es el propietario, sin que sea necesario indagar la verdadera titularidad extrarregistral. Por esta misma razón, la renuncia del titular registral debería ser suficiente para que frente a terceros se entendiera que dicho bien se encuentra en situación de vacancia, y por ser inmueble, pase a ser inmueble automática de la Administración estatal, sin necesidad de ningún tipo de investigación adicional. Precisamente, una de las finalidades registrales es la publicidad para facilitar dicha investigación. En este mismo sentido GÓMEZ DÍEZ, J., *opus cit.*, 2529 dice «Cabría dudar, incluso, de que la situación que se produce mediante la renuncia a una propiedad inscrita pueda estar comprendida en el artículo 47 de la Ley 33/2003. La norma regula una investigación que procede cuando la titularidad no consta de modo cierto (art. 45 Ley 33/2003). Si el inmueble está inscrito a favor de determinada persona, quiere decirse que se le presume dueño (art. 38 LH); si este titular registral renuncia a su dominio y pide la inscripción de la renuncia, una vez inscrita esta, ¿Qué más tiene que averiguar la Administración para saber que debe hacerse cargo del inmueble?».

<sup>10</sup> Esta postura es la mantenida por GÓMEZ DÍEZ, J., *opus cit.*, 2513: «A mi juicio, contra lo que dice la resolución de 30 de agosto de 2013, en el vigente derecho español se debe sostener que la renuncia produce la adquisición del inmueble por la Administración General del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 33/2003, y que debe ser inscrita inmediatamente, a instancia del titular registral renunciante. La inscripción de la renuncia, que no es constitutiva, publica la extinción de la propiedad, de la que, para cualquiera que consulte el Registro, se deduce directamente la titularidad del Estado —supuesto que la renuncia sea válida— sin necesidad de que se inscriba especialmente su adquisición».

<sup>11</sup> La resolución de la DGRN de 21/10/2014 en su fundamento 6 dice, refiriéndose a la adquisición derivada de este tipo de renuncia que: «Adquisición que no tendrá causa onerosa ni gratuita».

<sup>12</sup> En un anterior trabajo titulado La Renuncia al derecho de propiedad publicado en la Revista *Derecho Privado y Constitución*, 2013, 49 y siguientes, ya mantuve que en muchos casos la renuncia de distintos bienes se había convertido en un negocio de carácter formal, pues la falta de concurrencia de los requisitos exigidos, en función de cual fuere el objeto abandonado, hacía que la mera declaración y el acto del abandono no fuese suficiente para conseguir el objetivo de dejar de ser responsable del bien. Por el contrario, en algunos casos, podría incluso ser considerado hasta un delito y en otras ocasiones una falta de tipo administrativo que podría acarrear una sanción y por supuesto, sin conseguir el objetivo perseguido.

<sup>13</sup> ROCA SASTRE, R., *Derecho Hipotecario*, Tomo 1, Edit. Bosch, Barcelona 1954, 736. «Pero con buena voluntad interpretativa, o quizá mejor por razones institucionales, no cabe duda que el abandono de la propiedad inmueble es acto inscribible».

<sup>14</sup> RDGRN de 4 de mayo de 1944; 29 de marzo de 1955; 7 de septiembre de 1982; 14 de mayo de 1984 10 de abril de 1987; 13 de marzo de 1999; 5 de diciembre de 2002 entre otras muchas.

<sup>15</sup> Existe una quinta resolución que versa sobre el tema, si bien no se trata de una renuncia de propiedad sobre un bien sino sobre una cuota indivisa de un bien y no es simplemente una renuncia sino un reconocimiento de propiedad a favor de otra persona. Se trata de la RDGRN de 5 de mayo de 2015.

<sup>16</sup> «Que la renuncia abdicativa del dominio de un bien inmueble contraría el orden público, pues es de interés general que los bienes inmuebles estén inscritos en el Registro de la Propiedad y permitir el acceso registral a dicha renuncia equivaldría a su descripción; y, además, dicha renuncia puede perjudicar a terceros como podrían ser los acreedores u otros interesados en la inscripción del bien».

<sup>17</sup> «Que si la Ley establece que todos los derechos son renunciables, sin hacer mención en contra en lo relativo al derecho de propiedad de los bienes inmuebles, parece obligado concluir que cuando en el caso presente la renuncia ni tan solo se alega que sea contraria al interés o al orden público, ni que perjudique a terceros, debe tener efectividad; y si se trata de un bien inscrito en el Registro de la Propiedad, dicho acto de renuncia debe tener su reflejo explícito en dicho Registro. Que parece poco discutible que el derecho de propiedad de un bien inmueble deba ser renunciable».

<sup>18</sup> «Que la calificación del Registrador se funda exclusivamente en que el número 1 del artículo 2 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) no declara inscribible la renuncia abdicativa, y que el número 2 del mismo artículo dice que se incluirán las extinciones de los derechos reales que cita; y que sin embargo no consigna como inscribible la renuncia abdicativa del dominio. Que, no obstante, conforme establece el artículo 7 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476, 642), que desarrolla el artículo 2 de la Ley, los derechos reales limitativos del dominio que se enumeran en aquel precepto legal, no constituyen «numerus clausus», ya que deben alcanzar a cualquier otro acto u contrato de trascendencia legal».

<sup>19</sup> «Únicamente habría de examinarse si la no inclusión de la renuncia del dominio, en el artículo 2.1 de la Ley Hipotecaria, es razón suficiente para negar su acceso al Registro. Y en este sentido la respuesta no es sino negativa, toda vez que claramente establece el artículo 1 de la Ley Hipotecaria y confirma el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, que el Registro de la Propiedad tiene por objeto todos los actos o contratos relativos al dominio de los inmuebles, y sin que exista argumento alguno para sostener el carácter taxativo de la enumeración de títulos inscribibles que contiene en el artículo 2.1 de la Ley Hipotecaria, restringiéndose así el ámbito de la materia inscribible previamente definido; antes al contrario, la propia Ley Hipotecaria, a lo largo de su articulado recoge títulos inscribibles no incluidos en aquella enumeración (cfr. arts. 26 y 107.6 de la Ley Hipotecaria), y así ocurre precisamente, con la extinción misma de dominio (cfr. arts. 20.1 y 79 de la Ley Hipotecaria)».

<sup>20</sup> Argumento ratificado por la RDGRN de 5 de mayo de 2015.

<sup>21</sup> «Dada la concreción que al recurso gubernativo impone el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, vigente al recaer la calificación impugnada, en el ahora entablado, no ha de discutirse sobre si la renuncia del dominio produce por sí sola la pérdida de dicho derecho para el renunciante (cfr. art. 6 de la Ley Hipotecaria [RCL 1946, 886]), y si, en caso afirmativo, el dominio renunciado es adquirido automáticamente por el Estado (cfr. art. 191 y 21 de la Ley de Patrimonio del Estado [RCL 1964, 896, 1024]). Únicamente habría de examinarse si la no inclusión de la renuncia del dominio, en el artículo 2.1 de la Ley Hipotecaria, es razón suficiente para negar su acceso al Registro. Y en este sentido la respuesta no puede ser sino negativa, toda vez que claramente establece el artículo 1 de la Ley Hipotecaria y confirma el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, que el Registro de la Propiedad tiene por objeto todos los actos o contratos relativos al dominio de los inmuebles, y sin que exista argumento alguno para sostener el carácter taxativo de la enumeración de títulos inscribibles que contiene en el artículo 2.1 de la Ley Hipotecaria, restringiéndose así el ámbito de la materia inscribible previamente definido; antes al contrario, la propia Ley Hipotecaria, a lo largo de su articulado recoge títulos inscribibles no incluidos en aquella enumeración (cfr. arts. 26 y 107.6 de la Ley Hipotecaria), y así ocurre precisamente, con la extinción misma de dominio (cfr. arts. 20.1 y 79 de la Ley Hipotecaria)».

<sup>22</sup> «Pero aquí los demás propietarios (en las relaciones internas) no son terceros jurídicamente extraños sino terceros jurídicamente interesados, con una posición más cercana a la de partes que a terceros en la medida que la renuncia en cuestión, en cuanto libera unilateralmente a uno de la relación jurídica plurilateral que ligaba a todos, tiene repercusiones jurídicas automáticas para los demás. Lo que, como vamos a ver, impone la necesidad, sino para la validez o eficacia substantiva de la renuncia, desde luego para su inscripción, del consentimiento de todos».

<sup>23</sup> «En consecuencia, con arreglo al artículo 1705 del Código Civil (aquí, la comunidad, como allí, la sociedad, lo son por tiempo indefinido), habrá, cuando menos, de ponerse la renuncia cuya inscripción se pide —como paso previo de rigurosa observancia para practicar el asiento— en conocimiento de los demás propietarios para que puedan impugnarla judicialmente, solicitando las oportunas medidas cautelares, si estiman que es ineficaz por ser de mala fe (y habrá mala fe no solo cuando quien hizo la renuncia, como dice el artículo 1706, intenta apropiarse el provecho, sino también desplazar el gasto, que «debía ser común»); o, en cualquier caso, para tomar las decisiones que estimen convenientes en defensa de sus intereses (renuncia de la propiedad a su vez por otros partícipes, abandono del edificio o venta a un mejor gestor por los restantes o único propietario, etc.)».

<sup>24</sup> ROCA SASTRE, R., *opus cit.*, 737, «la renuncia abdicativa es un negocio jurídico esencialmente unilateral, y por tanto su registración es la propia de un acto perfecto, en el sentido de no necesitar del complemento de aceptación alguno, produciendo pues la sola declaración jurídica de voluntad abdicativa su efecto extintivo específico en la realidad jurídica extrarregistral».

<sup>25</sup> AVILÉS GARCÍA, J., Resolución de 30 de agosto de 2013. Recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Granada núm. 6 a inscribir una escritura de renuncia abdicativa de dominio, CCJC, núm. 94, 2014, 512.

<sup>26</sup> Utilizando exactamente el mismo argumento que la resolución precedentemente explicada.

<sup>27</sup> Como ocurre en la RDGRN de 5 de mayo de 2015 en el que se intenta inscribir una renuncia que consta en un acta notarial y no en una escritura pública. Según esta resolución *La renuncia abdicativa del dominio (causa de pérdida del mismo para su titular), es un acto dispositivo unilateral, mediante una declaración de voluntad no recepticia e irrevocable, características estas de especial relevancia para la resolución de este recurso. De incidir en la esfera registral, tal acto jurídico indudablemente estará sujeto a los requisitos de forma prescritos por la legislación hipotecaria, pues de estar el inmueble inmatriculado, y dada la presunción que establece el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, para dejar esta sin efecto tal renuncia habrá de causar el asiento correspondiente.*

*Este Centro Directivo ha entendido que un ordenamiento como el español, que permite la pérdida del dominio por renuncia (cfr. art. 6.2 del Código Civil), no puede poner obstáculo a la cancelación del dominio en virtud de la escritura en que el titular registral manifiesta su voluntad de no tenerla como suya (cfr. arts. 79, 80 y 82 de la Ley Hipotecaria y la resolución de 19 de enero de 1994). Asimismo, en resoluciones de 10 de enero de y 18 de febrero de 2003 ha estimado que la no inclusión de la renuncia del dominio en el artículo 2.1.º de la Ley Hipotecaria no es razón suficiente para negar su acceso al Registro, «toda vez que claramente establece el artículo 1 de la Ley Hipotecaria y confirma el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, que el Registro de la Propiedad tiene por objeto todos los actos o contratos relativos al dominio de los inmuebles, y sin que exista argumento alguno para sostener el carácter taxativo de la enumeración de títulos inscribibles que contiene en el artículo 2.1 de la Ley Hipotecaria, restringiéndose así el ámbito de la materia inscribible previamente definido; antes al contrario, la propia Ley Hipotecaria, a lo largo de su articulado recoge títulos inscribibles no incluidos en aquella enumeración (cfr. arts. 26 y 107-6 de la Ley Hipotecaria), y así ocurre precisamente, con la extinción misma de dominio (cfr. arts. 20-1 y 79 de la Ley Hipotecaria)».*

Desde el punto de vista de la técnica registral, y dejando al margen los demás presupuestos para que la renuncia al derecho de propiedad sea inscribible, esta podría tener acceso al Registro mediante un asiento de inscripción en que se haga constar la renuncia, con subsistencia de la finca como finca inmatriculada (y con sujeción a la disciplina normativa que rige la adquisición por parte de la Administración del Estado de los bienes inmuebles vacantes, de suerte que esta adquisición se produce «*ope legis*», desde el momento en que se cumplen los requisitos para tal atribución —cfr. artículos 609, párrafo segundo, del Código Civil y 17 y 47.d) de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas—). Pero, en todo caso, carece de fundamento que dicha renuncia abdicativa produzca la vigencia del asiento anterior y quede la finca inscrita a nombre del anterior propietario si no concurre el consentimiento de este y un título material que lo justifique (cfr. arts. 82 y 83 de la Ley Hipotecaria).

<sup>28</sup> PRADA ÁLVAREZ BUYLLA, P. Notas para una teoría general de la extinción de asientos registrales. *RCDI*, 1973, 811 y sigs. Clasifica este autor los diversos tipos de pérdida de eficacia de los asientos registrales y por lo que se refiere a las inscripciones se refiere tanto a la inscripción de transferencia del dominio como a las cancelaciones. A los primeros los califica de positivos, mientras que las cancelaciones las califica como negativas pues «*extinguen el asiento sin ulteriores pronunciamientos en torno a los derechos recogidos en él*». Siguiendo con su razonamiento expone que «*Los positivos entrañan la modificación de una situación registral; los negativos, su eliminación; aquellos permiten que el asiento extinguido continúe formando parte del historial jurídico de la finca, mientras que estos suponen la supresión absoluta del asiento, tanto en el orden pasado como en el futuro*». La posible situación de desinscripción fue uno de los argumentos utilizados por el registrador de la propiedad en las resoluciones de 10 de enero de y 18 de febrero de 2003 para oponerse a la inscripción de la renuncia.

<sup>29</sup> Suponen supuestos de cierre de finca registral la agrupación de fincas, la división de fincas o los supuestos de reparcelaciones urbanísticas.

<sup>30</sup> El artículo 76 de la LH, al hablar de la extinción de las inscripciones solo plantea el supuesto respecto a las cancelaciones y las inscripciones en las que haya transferencia del dominio o de un derecho real inscrito, pero no respecto de las que simplemente provocan que el derecho inscrito decaiga, sin que haya una transmisión del mismo.

<sup>31</sup> Si este es el tipo de asiento apropiado para este tipo de anotación se estudiará más adelante.

<sup>32</sup> GÓMEZ DÍEZ, J., *opus cit*, 2526: «*La idea de que, para inscribir la renuncia, se requiere que se inscriba simultáneamente la adquisición que pueda ser consecuencia de ella (la adquisición del Estado), no se puede compartir. Se dice que los principios hipotecarios no toleran una propiedad inscrita sin titular registral. Parece que se apunta al artículo 9 de la Ley Hipotecaria, en cuanto dispone que en toda inscripción se expresará la persona a cuyo*

*favor se haga. Pero esto no ha de entenderse en el sentido de que no pueda haber inscripción que no se haga a favor de persona determinada. Se expresará la identidad del adquirente cuando el título sea de adquisición, pero los títulos relativos al dominio pueden ser también títulos de extinción. Que la situación de una finca registral sin titular registral por efecto de un abandono, no pueda darse en nuestro Registro, es simplemente una afirmación infundada».*

<sup>33</sup> CHICO Y ORTIZ, J.M. *Estudios sobre derecho hipotecario*, Tomo II, Edit, Marcial Pons, Madrid 1994, 1215; LA RICA MARITORENA, *La cancelación registral, RCDI*, núm. 505, 1974. En las resoluciones de 10 de enero de y 18 de febrero de 2003, el registrador utilizó como argumento para negarse a la inscripción que «*Que si se extingue un derecho lo procedente es practicar una cancelación y no una inscripción, como señala la resolución de 27 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 6899), y si se practicara la inscripción no se sabe qué titularidad publicaría el Registro*». En sentido opuesto ROCA SASTRE, R., *Derecho...* *opus cit.*, 742, para quien: «*En cuanto al abandono de dominio no cabe hablar de cancelación, porque de lo contrario ¿Qué se cancelaría? La inscripción del renunciante no, porque entonces reviviría registralmente la inscripción del que le transfirió, y esto no puede sostenerse*».

<sup>34</sup> En contra de este carácter accesorio ZUMALACÁRREGUI M.-CORDOVA, J., en *Meditaciones en torno a la cancelación, RCDI*, 1967, 781 cuando afirma que «*Toda cancelación presupone una inscripción anterior. Esto es evidente, Pero no lo es menos que la presupone precisamente para negarla y destruirla. ¡Extraño accesorio este, cuya misión no es dar esplendor, sino destruir a lo principal!*».

<sup>35</sup> ROCA SASTRE, R., *opus cit.*, 742.

<sup>36</sup> DE LA RICA Y MARITORENA, R., *opus cit.*, 1287. Después de estudiar diversas definiciones dadas por diferentes autores concluye con su propia definición: «*Asiento definitivo, principal y accesorio a la vez, extendido en los libros de inscripciones, en virtud del cual se deja sin efecto, total o parcialmente, otro asiento principal, ya por extinción del derecho inscrito o anotado, ya por otra causa legal que taxativamente lo determine*».

<sup>37</sup> CHACÓN, J., *Cancelaciones que establecen la Ley y el Reglamento hipotecario, RCDI*, 1950, 497.

<sup>38</sup> ROCA SASTRE, R., *opus cit.*, 742. «*La renuncia abdicativa puede dar lugar a diferentes operaciones registrales, según los casos. Por regla general, se hará constar en el Registro mediante un asiento de cancelación; pero tratándose de abandono del dominio o renuncia de una participación o cuota indivisa, o de una renuncia modalizada, lo procedente es verificar un asiento de inscripción*».

<sup>39</sup> DE LA RICA Y MARITORENA, R., *opus cit.*, 1314, en contra de esta opinión, pues según él «*Por regla general la renuncia origina en el Registro un asiento de cancelación que se practicará en virtud de un instrumento notarial o de un documento judicial y en algún caso excepcional en virtud de declaración ante el registrador*».

<sup>40</sup> ROCA SASTRE, R., *opus cit.*, 743: «*Nosotros creemos que el asiento a practicar en tal supuesto es una inscripción, en la que se haga constar el abandono o dimisión, con lo cual la finca figurará inmatriculada como nullius, subsistiendo todos los gravámenes impuestos sobre la misma, y quedando ella a merced del derecho de apropiación atribuido exclusivamente al Estado a título de bien mostrenco*».

<sup>41</sup> Esta afirmación se apoya en el artículo 17 de la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas según el cual

«1. *Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño.*

2. *La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. No obstante, de esta atribución no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquella a través de los trámites prevenidos en el párrafo d) del artículo 47 de esta ley*», que regula el

procedimiento de investigación de bienes y derechos para obtener la resolución que ponga fin al procedimiento procediendo *a su tasación, a su inclusión en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado y a su inscripción en el Registro de la Propiedad.*

<sup>42</sup> A pesar de la doctrina de la DGRN ya expuesta.

<sup>43</sup> Siguiendo la doctrina sentada por la Dirección General de Registros y Notariado en su resolución de 5 de mayo de 2012, para la inscripción de una sentencia declarativa de dominio.

<sup>44</sup> Estas titularidades *transitorias* han sido utilizadas por la Dirección General de Registros y del Notariado en otros supuestos, como por ejemplo en la resolución del 12 de febrero de 2016 en la que permite la inscripción a favor de una Comunidad de propietarios de una finca que la había sido adjudicada como consecuencia de un auto de adjudicación en la ejecución de un embargo. Dice la Resolución que *«debe admitirse el acceso registral de bienes a favor de la Comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal en los supuestos de ejecuciones judiciales, como una consecuencia normal de la ejecución de un embargo por deudas de uno de los propietarios, pues admitido el embargo a su favor, debe admitirse la posibilidad de que la ejecución culmine con su adjudicación. Ahora bien, esta inscripción a favor de la Comunidad de propietarios debe reputarse como una situación excepcional y transitoria, pues no constituye finalidad de las comunidades de propietarios en propiedad horizontal, ser titulares permanentes de bienes, por lo que debe reputarse como una situación de tránsito a su posterior transmisión, a su atribución a los copropietarios en proporción a sus cuotas o a su conversión en elemento común».*

<sup>45</sup> DEL POZO SIERRA, B. *La compatibilidad jurídica entre el derecho del Estado en la sucesión intestada y como titular de bienes vacantes.* Edit. Dykinson, Madrid, 2013, 277 y sigs.

<sup>46</sup> También se ha mantenido la ineficacia de la renuncia hasta la terminación del expediente, pero eso haría depender la renuncia de la voluntad de terceros y por tanto cambiar su carácter unilateral. En este sentido GUTIÉRREZ JEREZ, L.J. en La renuncia abdicativa de dominio sobre local de negocio y la adquisición del dominio por el Estado en <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=104> cuando afirma *«Si observamos lo previsto por el artículo 17 de la Ley 33/2003, la adquisición del dominio sobre un bien vacante por parte del Estado se produce por ministerio de la ley y de forma automática, consideramos que para poder inscribir la renuncia al dominio inscrito por parte de quien sea su titular es necesaria una resolución previa de la Administración Pública por la que se confirme al registrador la aplicación del artículo 17 de la Ley 33/2003 con lo que el principio de tracto sucesivo estará suficientemente salvaguardado, quedando hasta el momento en situación activa la titularidad registral del renunciante de forma preventiva, por exigencia elemental del principio de fe pública derivado de la presunción contenida en el artículo 28 de la Ley Hipotecaria».*

*(Trabajo recibido el 11-10-2017 y aceptado para su publicación el 8-11-2017)*

# La capacidad matrimonial del menor de edad, ¿una reforma necesaria?

## *Children's legal capacity to contract marriage: A necessary reform?*

por

JUAN LUIS SEVILLA BUJALANCE  
*Profesor Contratado Doctor de Derecho civil  
Universidad de Córdoba*

**RESUMEN:** Con el presente trabajo pretendemos indagar la situación en que quedan los menores en cuanto a su capacidad matrimonial, tras la reforma operada en el Código Civil en de julio de 2015, como consecuencia de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria.

**ABSTRACT:** *This paper is an investigation into the situation of minors as regards their legal capacity to contract marriage after the July 2015 Civil Code reform as a consequence of the new Voluntary Jurisdiction Act.*

**PALABRAS CLAVE:** Matrimonio de menores. Capacidad matrimonial. Emancipación y matrimonio. Habilitación de edad.

**KEY WORDS:** *Child marriage. Legal capacity to contract marriage. Emancipation and marriage. Emancipation.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LEGISLACIÓN ANTERIOR —Y PARCIALMENTE VIGENTE— SOBRE LA MATERIA.—III. LAS



INTERPRETACIONES DOCTRINALES.—IV. CONCLUSIÓN SOBRE LA CAPACIDAD MATRIMONIAL DE ESTOS MENORES.—V. LA REFORMA OPERADA POR LA NUEVA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y SUS CONSECUENCIAS: 1. SUPRESIÓN DE LA CAPACIDAD DEL MENOR, MAYOR DE CATORCE AÑOS, PARA CONTRAER MATRIMONIO MEDIANTE DISPENSA JUDICIAL. 2. LA DESAPARICIÓN DE LA VÍA DEL MATRIMONIO PARA ALCANZAR LA EMANCIPACIÓN.—VI. PROBLEMÁTICA PLANTEADA: CUESTIONES DE TÉCNICA JURÍDICA.—VII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

La reforma insertada en el ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria<sup>1</sup>, ha supuesto una profunda modificación de nuestra legislación, junto a otras, en materia de Derecho civil. Muchas y variadas son las normas y disposiciones que se han visto afectadas por dicha reforma, y algunas de las modificaciones, aun cuando han pasado un tanto inadvertidas, consideramos que poseen relevancia y de ellas nos ocupamos.

Con la vista puesta en el terreno del Derecho de la persona y el Derecho de familia, ambos indisolublemente enlazados en lo que nos interesa, nuestra atención se centra en la figura del menor de edad y su capacidad para contraer matrimonio. Sobre ello, estudiaremos las consecuencias jurídicas que supone la reforma que se ha operado, y su encaje en el Derecho vigente.

Es una reforma esta de 2015 que, respecto de la materia que nos ocupa, gira esencialmente sobre dos modificaciones sustanciales que se han realizado en el Código Civil:

De una parte, ya no tienen acceso al matrimonio quienes no se encuentran emancipados previamente.

De otra —y suponemos que correlativamente y en lógica con lo anterior— se ha suprimido el precepto en virtud del cual, el matrimonio produce la emancipación automáticamente.

Estas trascendentales modificaciones, han afectado a dos situaciones distintas que se configuraban dentro de la minoría de edad:

Por una parte, se ha suprimido la excepcional posibilidad que tenían reconocida los menores de edad a partir de los catorce años y que no se encontraban emancipados, para acceder al matrimonio previa autorización judicial.

Por otra, inciden, como también veremos, sobre una peculiar figura contemplada en nuestro Derecho, cuál es la del menor, y mayor de dieciséis años, que, viviendo con independencia de sus padres, previo consentimiento de los mismos, se le asimila al emancipado, sin que por ello tenga reconocido este estado civil.

De ambas situaciones, y de la repercusión que sobre ellas tiene la reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria operada en 2015 en referencia a su capacidad matrimonial, nos ocupamos a continuación.

## II. LEGISLACIÓN ANTERIOR —Y PARCIALMENTE VIGENTE— SOBRE LA MATERIA

La regulación anterior a la reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, respecto de estos menores y, en relación a su capacidad, se recogía en diversos preceptos. Uno de ellos, el primero que citaremos es el que los definía, y se trata del artículo 319 del Código Civil, el cual no se ha visto afectado por la reforma y mantiene así su redacción intacta:

*«Se reputará para todos los efectos como emancipado, al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres vi-viere independientemente de estos. Los padres podrán revocar este consentimiento».*

Hay así, una clara equiparación entre el emancipado y quienes obtienen el beneficio de la mayor edad por vivir con independencia de sus padres con autorización de ellos.

Comenzaremos aquí el análisis del contenido del precepto, que será el punto de partida de nuestro estudio.

La principal cuestión radica en si, a través del artículo expuesto, se concedía al que obtuvo el beneficio de la mayor edad, la posibilidad de contraer matrimonio civil.

La letra, que persiste en el Código intacta, parece clara en favor de la plena equiparación, pero algunas características de esta particular situación, llevaría a algunos miembros de la Doctrina a cuestionarse tal posibilidad. Así, encontramos los diversos pareceres sobre la materia, expuestos con sus fundamentos.

## III. LAS INTERPRETACIONES DOCTRINALES

Al poco de la promulgación de la Ley, afirmaba ALBALADEJO, no sin dejar de entrever ciertas dudas que se suscitaban, que la capacidad del menor que vive con independencia de sus padres, autorizado por ellos, es la misma que la del emancipado menor de edad, en toda su extensión, lo que abarca, lógicamente la capacidad matrimonial:

*«Aunque se estime no es seguro que se trate de verdadera emancipación, lo que sí es que alcanza la capacidad un emancipado menor»<sup>2</sup>.*

Posteriormente, y en estudios de Derecho de familia el mismo ALBALADEJO ha mantenido este criterio que desde el principio expuso y lo explicitaba posteriormente:

*«Como emancipado, al menos tiene efectos de emancipación la vida independiente del hijo mayor de dieciséis años con consentimiento de sus padres, desde que el hijo la haga y el consentimiento conste, tampoco será necesaria la dispensa del mayor de dieciséis»<sup>3</sup>.*

En poco tiempo respecto de la promulgación de la Ley, ALONSO PÉREZ, en un Congreso celebrado en Córdoba, exponía, tras una brillante explicación de los precedentes, el sentido de la norma que se había aprobado hacía poco tiempo. Y tal sentido no era otro que la equiparación entre los menores que alcanzan el beneficio de la mayor edad y los emancipados:

«Quedarían claramente configurados como formas de emancipación:

1. La del matrimonio del menor.
2. La concedida por quienes ejerzan la patria potestad (arts. 317 y 318 del Código Civil)
3. La otorgada por el juez (art. 320 y 321 del Código Civil)
4. La del menor con vida independiente (art. 319 del Código Civil)

*Con este último supuesto, se acaban las discusiones que tantos mantuvieron —DE CASTRO, BERCOVITZ, ALBALADEJO, etc.— y yo mismo, sobre si se trataba de una especie de emancipación. Ahora queda claro que sí lo es, a todos los efectos. Según el nuevo artículo 319 del Código Civil, frente a las antiguas dudas del viejo artículo 160 párrafo 2. En su momento yo defendí que se trataba de un supuesto de emancipación de Derecho, pues lo permite la ley, más económica que jurídica, pues no supone una libración del poder paterno, aunque sí autonomía patrimonial plena; (...). Como puede verse, el legislador me ha enmendado la plana, aunque me queda el consuelo de que también lo hizo con civilistas de la categoría de don Federico DE CASTRO. Solo la revocabilidad del consentimiento paterno y la mayor dificultad probatoria de la emancipación fáctica, diferencia actualmente esta forma emancipatoria de la otorgada o concedida por los progenitores o por la autoridad judicial»<sup>4</sup>.*

Y más adelante, en referencia expresa, y en correlación con lo anterior, afirmaba:

*«El menor con vida independiente que haya cumplido dieciséis se reputa para todos los efectos como emancipado (art. 319 del Código Civil). Podrá en consecuencia, contraer matrimonio (art. 46.1 del Código Civil). Mientras conste que lleva una existencia autónoma (por ejemplo, que así está considerado: fama, tractatus, los padres*

*lo afirman, etc.) y el matrimonio se celebre antes de que los progenitores revoquen el consentimiento —la revocación no tiene eficacia retroactiva— su situación al frente al ius connubis es idéntica a la de cualquier otro emancipado»<sup>5</sup>.*

En el marco del mismo Congreso, al referirse específicamente a la edad necesaria para contraer matrimonio, BAENA RUIZ, afirmaba que *«la emancipación tiene lugar, según dispone el artículo 314 del Código Civil, aparte de por la mayoría de edad, por el matrimonio del menor, por concesión de los que ejerzan la patria potestad y por concesión judicial (...)*

*El menor o emancipado no tiene sin embargo su acceso cerrado a la institución del matrimonio necesariamente, pues el párrafo 2 del artículo 48 del Código Civil permite la dispensa del impedimento de edad por el juez de primera instancia a partir de los catorce años.*

*En mérito a lo anteriormente expuesto se puede concluir que tienen capacidad para contraer matrimonio: 1.º los mayores de edad; 2.º los mayores de 16 años emancipados por los que ejerzan la patria potestad o por concesión judicial; 3.º los mayores de 14 años emancipados por anterior matrimonio válido; 4.º los mayores de 14 años que hayan obtenido dispensa judicial»<sup>6</sup>.*

No hay una referencia expresa en sus líneas a la figura del beneficio de la mayor edad, e incluso se ignora no solo en las argumentaciones previas, sino también al concluir con la exposición de quienes pueden contraer matrimonio. Bien puede ser por considerarse que su opción es la de los menores que pueden acudir a la dispensa judicial desde los 14 años, y en tal caso no tienen reconocida la opción de contraer matrimonio por el simple hecho de vida independiente; bien, *a sensu contrario*, porque el autor sobreentiende que su capacidad es idéntica a la del emancipado.

También al poco de la promulgación de la ley, argumentaba SALVADOR CODERCH en favor del reconocimiento de la capacidad matrimonial del menor que alcanza la habilitación de edad, añadiendo a la base que sirviese a ALONSO PÉREZ, esto es, el tenor literal del artículo 319, un argumento de interpretación:

*«Además la situación de vida independiente es ahora a partir de los 16 años, edad legal para la emancipación (salvo el supuesto del art. 316 en relación con el 48 del Código Civil) y como dice el 46 número 3, también para el matrimonio»<sup>7</sup>.*

En suma, el autor ha visto en el legislador la intención de unificar en una misma edad la capacidad para alcanzar la emancipación, para la posibilidad de independizarse, y en su caso para el matrimonio.

Por su parte, PUIG FERROL, se sirve de un análisis comparativo del vigente artículo 319 del Código Civil con el anterior 160 —su precedente en la regu-

lación de la materia— para explicar que claramente la intención del legislador ha sido ampliar la capacidad hasta equipararlo al emancipado:

*«(...) Por ello el precepto equiparaba, en cuanto a la capacidad de obrar, el menor con vida independiente al emancipado, pero solo de una forma parcial, por cuanto aquel se reputaba emancipado en cuanto a una esfera de una actividad patrimonial, pero no con respecto a las demás esferas de su actividad jurídica.*

*Esta conclusión era conforme con la ubicación del anterior artículo 160 del Código Civil en un capítulo que trataba de los efectos patrimoniales de la patria potestad. Y al prescindir el legislador de esta sistemática, ha podido dar a dicha situación de vida independiente una mayor amplitud, pues según el artículo 319 del Código Civil se reputa ahora al menor que hace vida independiente una mayor amplitud, como emancipado para todos los efectos, es decir que se le equipara, en cuanto a la capacidad de obrar y a la independencia jurídica, al menor emancipado, tanto en la esfera patrimonial como en la personal y familiar»<sup>8</sup>.*

En esta misma línea interpretativa, recurriendo igualmente a un estudio comparativo, y al tiempo acerca de la procedencia y conexión entre el artículo 319 actual y el anterior 160, la profesora PÉREZ DE CASTRO, concluye igualmente que *«el hijo que se le ha consentido que viva independientemente se supone que ha llegado a esta situación de mayor capacidad porque los padres han estimado que es capaz de gobernarse por sí mismo. Una vez que los progenitores han reconocido que así es y por ello consintieron, tendrán que ser conscientes de que a partir de ese momento el menor goza de una autonomía en su actuación idéntica a la del emancipado y que no pueden interferir en una situación que ellos mismos reconocieron, a no ser que haya causa justificada que requiera o exija una revocación»<sup>9</sup>.*

Una opinión en contra es propuesta por DÍEZ DEL CORRAL, quien señala *«que la emancipación por vida independiente del artículo 319 no debe bastar para contraer matrimonio, no ya por su mero carácter fáctico, sino porque es revocable en cualquier momento por los padres»<sup>10</sup>.*

Profundizando en este argumento, pero añadiendo alguno más como la inexistencia real de un estado civil de emancipado en estos sujetos, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, sostendrá también esta misma postura:

*«¿Puede contraer matrimonio el hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de sus padres viviere independientemente de estos (cf. art. 319)? Creemos que esta situación no cambia el estado civil del menor, que sigue sujeto a la patria potestad y esta, a voluntad de los padres en cualquier momento, recobrará su sentido normal.*

*Tal menor puede realizar los actos que pueda realizar el emancipado, con el límite de aquellos que irían contra la facultad de revocar la situación que imperativamente persiste en los padres»<sup>11</sup>.*

Por su parte, la profesora GETE ALONSO Y CALERA, denominaba a esta situación como emancipación de hecho, y en base a la sistemática anterior —artículo 160 del Código— y la nueva del precepto que lo regula, junto al tenor literal de la norma, considera que «el 319, reconoce por primera vez de una manera expresa, una situación análoga a la de la emancipación formal que afecta a toda la esfera de actuación del menor no solo a la patrimonial»<sup>12</sup>.

A cierta distancia temporal ya, y teniendo en cuenta las distintas aportaciones doctrinales previas, CARRIÓN se inclinaba por la equiparación del menor que vive con independencia de sus padres y autorizado por ellos con el menor emancipado, en materia de capacidad matrimonial:

*«Las razones que militan a favor de que el menor de vida independiente (ex art. 319) puede contraer matrimonio sin necesidad de conseguir previamente la emancipación expresa o la dispensa de edad, son, efectivamente, muy fuertes y en consecuencia, determinan a inclinarse por esta solución sin ningún género de dudas»<sup>13</sup>.*

#### IV. CONCLUSIÓN SOBRE LA CAPACIDAD MATRIMONIAL DE ESTOS MENORES

Para inclinarse por una u otra solución, tomando otra perspectiva distinta de las anteriores, proponemos aportar una nueva perspectiva: pensamos que puede acudir a otra norma, en buena parte relativa en su caso a la capacidad de contraer matrimonio, cuál es el artículo 1329 del Código Civil y que regula específicamente la capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales:

*«El menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor salvo que se limite a pactar el régimen de separación o el de participación»<sup>14</sup>.*

Hay por tanto abierta una posibilidad para el matrimonio del menor de edad no emancipado, según el tenor literal de la norma.

En este punto, es necesario recordar, como hiciera la profesora PÉREZ DE CASTRO, que cuando se produce la reforma de las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico del matrimonio, aún no se había aprobado la reforma matrimonial, es decir, de la edad y capacidad para poder contraer matrimonio. Se estaba regulando con independencia de lo que posteriormente surge.

Por ello, teniendo en cuenta el régimen anterior, quedaba claro que, si se tenía que solicitar autorización para casarse, las mismas personas debían participar en las capitulaciones matrimoniales. Ese era, como recuerda la citada Profesora, el espíritu del derogado 1318<sup>15</sup>.

Partiendo de lo anterior, la profesora continúa afirmando que hay una valoración entre ambas capacidades para el legislador, de manera que las capitulaciones son algo accesorio y lo principal es el matrimonio, siguiendo para llegar a tal conclusión el criterio de GARCÍA GOYENA<sup>16</sup>.

La cuestión clave para la interpretación y la finalidad que nos interesa, la apunta PÉREZ DE CASTRO cuando dice que el Código Civil lo que hace es reconocer algo necesario por su excepcionalidad. Así, afirma textualmente que «*si se admite que se case mediante dispensa (art. 48 del Código Civil) removiendo el impedimento de no estar emancipado, será necesario coordinar este precepto con las capitulaciones matrimoniales*»<sup>17</sup>.

Se trata por tanto de una regla dirigida a los menores de 14 años, que con dispensa judicial podían contraer matrimonio. He ahí la clave: esta norma tiene carácter excepcional. Y si la regla es excepcional es porque hay una regla general.

Podemos concluir a estos efectos que la regla general es que pueden otorgar capitulaciones matrimoniales quienes pueden casarse —como ya se dijo— y como excepción, se sitúan estos menores.

Por tanto, a los mayores, los emancipados y a los que obtuvieron el beneficio de la mayor edad al vivir independientemente de sus padres, sobre los que guarda silencio la norma, como no se encuentran entre las excepciones, hay que situarlos en una misma categoría en cuanto a la capacidad, que no es otra que la regla general de admisibilidad para contraer matrimonio y por ende para otorgar capitulaciones matrimoniales.

Con ello se refrenda lo establecido en los artículos 319, 322 y 323 que ya expusimos: los tres tienen reconocida la misma capacidad matrimonial.

Por otra parte, como argumento, cabe recordar que a la hora de interpretar las normas que restringen derechos —como es el caso— la pauta a seguir claramente es la de que se aplique sobre los que exclusivamente se recogen en la misma, y siempre interpretada con carácter restrictivo a tales efectos.

## V. LA REFORMA OPERADA POR LA NUEVA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y SUS CONSECUENCIAS

Hasta aquí queda todo más o menos claro: el legislador no ha variado el contenido de los artículos sobre los que hemos venido trabajando, y la interpretación, en principio también, debe ser la misma. Sin embargo, hay dos novedades que son de gran relevancia para nosotros y de las que pasamos a ocuparnos.

1. SUPRESIÓN DE LA CAPACIDAD DEL MENOR, MAYOR DE CATORCE AÑOS, PARA CONTRAER MATRIMONIO MEDIANTE DISPENSA JUDICIAL

La reforma de la Ley operada en julio de 2015, ha supuesto la supresión de la posibilidad de contraer matrimonio por parte del menor de edad y mayor de catorce, obteniendo la dispensa judicial preceptiva que antes se establecía en el artículo 48 del Código Civil.

Se trata de una aspiración del legislador —que sería bien recibida por prácticamente todo el Parlamento—, en que se trasluce el interés por elevar la edad para acceder al matrimonio. Así quedaba expresado en el trámite de enmiendas parlamentarias presentadas al proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015<sup>18</sup>.

En consonancia con ello y manteniendo la anterior redacción como estaba hasta entonces, el artículo 46 del Código Civil señala que no pueden contraer matrimonio los no emancipados. Con ello, claramente se cierra la puerta a los menores que siendo mayores de catorce años, podían acceder por la vía de la mencionada dispensa judicial.

Es aquí cuando surge la pregunta: ¿porqué sigue entonces vigente el artículo 1329 estableciendo que los menores no emancipados pueden otorgar capitulaciones con consentimiento matrimonial, con el concurso y consentimiento de sus padres o tutor?

Si esta disposición se halla establecida para esos menores que por medio de la nueva normativa ya no pueden casarse, ¿a qué efectos se ha mantenido por el legislador vigente este artículo?

Podría deducirse que es la vía por la que ahora pueden otorgar válidamente capitulaciones los menores que alcanzan el beneficio de la mayor edad. Pero a estos efectos hay que tener en cuenta dos aspectos relevantes:

En primer lugar, que sería una cuestión que no impediría que pudieran casarse. Tan solo a los efectos económicos derivados del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, se les podría aplicar la norma. Pero no a su capacidad. Y, junto a ello, no podemos olvidar la regla ya esgrimida por PÉREZ DE CASTRO, citando para ello a GARCÍA GOYENA: «*Quien puede lo más puede lo menos*».

En segundo lugar, y esto es más clarificador, nótese que se hace referencia a los *padres o tutor*, cuando los que alcanzan el beneficio de la mayor edad, no están nunca sometidos a tutela. Al igual que en el caso del emancipado, a los efectos pertinentes de protección —los que recoge el 323— se servirán de la curatela.

En este contexto es importante destacar cómo el Legislador fue bien preciso en ello, ya que, en el artículo siguiente, el 1330, señala:

*«El incapacitado judicialmente solo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de sus padres, tutor o curador».*



Aquí sí que aparecen el tutor y el curador. Porque son las dos, figuras propias de protección de los incapacitados, que se pudiesen requerir atendiendo a su grado de incapacidad. De determinar una u otra se encargará la correspondiente sentencia.

En el caso del artículo anterior, relativo al menor, mayor de catorce años hasta los dieciséis, como no está prevista para él la curatela, se señala directamente al tutor para protegerle, prescindiendo del curador.

El legislador es así preciso al distinguir las distintas situaciones y con ello, está claro que, al hablar exclusivamente del tutor, no debe entenderse aplicable al menor que ha alcanzado el beneficio de la mayor edad, y que vive con independencia de sus padres con su permiso. Esta situación, se encuentra claramente en el radio de acción del curador.

No tiene, por tanto, aplicación hoy día este precepto, ni en referencia al menor de catorce años que quisiera contraer matrimonio con dispensa judicial, porque ya ha perdido la capacidad para ello, ni en referencia al menor de dieciséis años o más que viviera con independencia de sus padres, con su autorización, porque la protección que le corresponde es la de la curatela.

## 2. LA DESAPARICIÓN DE LA VÍA DEL MATRIMONIO PARA ALCANZAR LA EMANCIPACIÓN

La segunda cuestión de interés ha sido la supresión de la automática emancipación por matrimonio. En principio, parece coherente el nuevo articulado del Código Civil, ya que si para contraer matrimonio es preciso estar emancipado —artículo 46—, el matrimonio ya no debe producir la emancipación automáticamente, como recogía el anterior artículo 314.

En el mismo sentido, además, ya parece que no es necesaria esta vía, puesto que se ha suprimido la opción a quienes no estaban emancipados, pero accedían al matrimonio mediante dispensa judicial. Eran estos, a primera vista los que requerían de dicha emancipación por matrimonio, ya que al no tenerla antes de casarse, la precisaban para el desarrollo de su nuevo estado matrimonial.

Sin embargo, la supresión afecta y de modo central a la figura en estudio: ahora un menor no emancipado de más de dieciséis años, que vive con independencia de sus padres, si contrae matrimonio, sigue siendo emancipado de hecho. Hasta aquí no hay problema: posee el *status* del emancipado que se puede casar y el Código regula para el caso.

El problema se puede plantear porque si no se emancipa —el matrimonio ya no produce la emancipación— continúa latente la posibilidad de revocar, mediante aplicación del artículo 319, el permiso paterno para que viva independiente de sus padres. Esto sí que sería un conflicto de intereses y derechos grave, que se nos antoja irresoluble.

Desde luego que la revocación debe ser por un motivo grave y suficiente. Pero puede existir. Y hasta el mismo hecho de haber contraído matrimonio contra la voluntad de sus padres, o sin su conocimiento, podría servir como causa. Y ahí entran en juego las contradicciones más importantes.

Así, una de las interrogantes que salta a la vista es la de quién administra los bienes en ese caso. Porque una vez retornado a la patria potestad, ya no es emancipado y, a todos los efectos, actuarán los padres como titulares de dicha *potestas*.

Es cierto que el artículo 324 establece un régimen en que los menores de edad casados deben obtener el consentimiento del otro cónyuge si fuera mayor, y el suyo propio. Pero esto se basa en que el casado menor está bajo curatela. Para el caso presente ya hemos advertido que no sería así: estarían bajo patria potestad y por tanto plenamente representados por sus padres.

En consecuencia, este régimen relativo a la enajenación de bienes comunes del matrimonio, y en general la administración de los bienes, sería una tortuosa senda de consentimientos a dilucidar por la inusual situación creada.

Por otro lado, los deberes más relevantes del matrimonio —no olvidemos que la Economía es siempre inferior en esta institución— difícilmente podrían llevarse a cabo: así, por citar uno de los más relevantes, si los padres tienen el deber de tener al menor en su compañía, y así lo quieren hacer efectivo, se nos antoja contradictorio con que pueda cumplir con el deber de convivir con su cónyuge, establecido entre las obligaciones que se recogen en el artículo 68.

Otra cuestión en el terreno personal y familiar sería, cómo este menor de edad, al estar bajo patria potestad, podría ejercer la propia patria potestad sobre sus hijos. Porque el Código Civil, para la situación de los hijos menores no emancipados establece:

«El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del juez».

El precepto habla de asistencia, que es la función propia del emancipado. Y aquí se requiere representación, cuál es la del hijo sometido a la patria potestad. Lo que tendría la dificultad añadida del acuerdo de aquellos padres con el otro progenitor, ya que sería una decisión a tomar, además, en consenso con él.

## VI. PROBLEMÁTICA PLANTEADA: CUESTIONES DE TÉCNICA JURÍDICA

Tras esta exposición acerca de los problemas que suscita la reforma introducida en la figura del menor, entendemos que se trata, en definitiva, a nuestro

criterio, de una modificación de diversos artículos, tomada por el legislador sin haber tenido en cuenta la persistencia en nuestro ordenamiento jurídico de la figura del menor no emancipado que vive con independencia de sus padres, autorizado por ellos.

Los resultados de la reforma operada llevan a insalvables antinomias legales:

— En primer lugar, se mantiene que el menor emancipado posee la misma capacidad legal que el mayor de edad, salvo para lo prescrito en el artículo 323, a efectos de lo cual, requerirá la asistencia del curador. Pero en lo que se refiere nuestro estudio, la capacidad matrimonial, no ha variado. Por su parte, el menor no emancipado que vive con independencia de sus padres, autorizado por ellos, según el artículo 319 tiene idéntica capacidad, si bien la puede perder, por cuanto la situación puede ser revocada por sus progenitores y regresar a la patria potestad. Y ahora, con la reforma de 2015, mientras permanece en vigor esta situación, se produce la inserción de una nueva regla: solo pueden contraer matrimonio los mayores y los emancipados. Con ello el menor que no lo está, pero vive con independencia de sus padres, parece que ya pierde esa capacidad.

— En segundo lugar, interpretando la norma y recabando opiniones doctrinales autorizadas, hemos encontrado elementos suficientes, que creemos que sustentan que pueda mantener esa capacidad para contraer matrimonio. Pero nos encontramos con otra contradicción nacida de esta reforma de 2015: el matrimonio ya no da lugar a la emancipación. La causa es, en conexión con lo anterior, que el que va a acudir al matrimonio debe estar emancipado previamente. Pero con ello, que parece lógico, de nuevo es ignorado el menor que vive con independencia de sus padres autorizado por ellos. Porque este aún no está emancipado plenamente, pero la capacidad matrimonial la tiene intacta mientras persista en esa independencia. Pero la situación puede ser revocada y pasaría de nuevo a la patria potestad, y estaría al tiempo casado. Una contradicción aún mayor por las complicaciones legales que causaría.

— En tercer lugar, se ha suprimido la posibilidad de acceder al matrimonio a los menores, mayores de catorce años, que solicitaran al efecto, y obtuvieran, la pertinente dispensa judicial. Y sin embargo se mantiene en vigor un precepto, que es el 1329, establecido precisamente para que aquellos puedan otorgar capitulaciones matrimoniales, cuando, al perder la capacidad para casarse, la pierden para las citadas capitulaciones.

El artículo queda en vigor, además, creando cierta confusión, por cuanto se podría pensar que permanece para ser aplicable para el menor no emancipado que vive con independencia de sus padres. Pero ya hemos constatado que no es así, por cuanto la capacidad legal para el matrimonio y para las capitulaciones de este menor es la misma que la del emancipado que no requiere asistencia alguna. Y en todo caso, si se quisiera establecer una distinción, el precepto que

se ha mantenido lo somete al régimen de tutela, cuando a este tipo de menores le corresponde el de la curatela.

Finalmente, una última reflexión en cuanto a la supresión de la capacidad del menor de edad, mayor de catorce años para contraer matrimonio. El actual Código de Derecho canónico establece:

*«No puede contraer matrimonio válido el varón antes de los dieciséis años cumplidos, ni la mujer antes de los catorce, también cumplidos.*

*Puede la Conferencia Episcopal establecer una edad superior para la celebración lícita del matrimonio»<sup>19</sup>.*

Esta exigencia se justifica claramente en el axioma según el cual «nadie puede consentir en aquellas cuestiones en las que la misma naturaleza aún no consiente».

Es por tanto necesario haber alcanzado la pubertad, pues es preciso para la validez del matrimonio que los contrayentes aporten todos los elementos esenciales de la unión conyugal. Solo así, en edad púber, es posible cumplir con uno de los fines esenciales de la misma, cual es la posibilidad de la generación.

Se trata, sin embargo, a criterio de autorizadas voces de la Doctrina canónica, de una pubertad *legal* reconocida y asentada sobre una presunción *iuris tantum*, es decir que se puede destruir mediante prueba en contrario.

De esta forma, es posible un matrimonio de un menor de esa edad que hubiera alcanzado la pubertad fisiológicamente, y en cambio era inválido si teniendo esos años establecidos en la norma, aún no tuviese la mencionada pubertad fisiológica. Así, dos jóvenes que hubieran otorgado su consentimiento y hubiesen podido consumar el acto conyugal de manera natural, habían establecido una verdadera y válida unión matrimonial<sup>20</sup>.

Por otra parte, el párrafo 2 del mismo canon, como ya hemos visto, autoriza a la Conferencia Episcopal para elevar la edad para la lícita celebración. El decreto sobre normas complementarias del Código de Derecho canónico de 5 de julio de 1984 la establece en 18 años como mínimo.

No obstante, es importante destacar que esta elevación de edad no hace nulo el matrimonio contraído anteriormente. Se trata de una ilicitud, pero que en Derecho canónico no supone la invalidez. En este sentido hay que recordar que el matrimonio para el Derecho canónico es un derecho natural, y por tanto la edad mínima que lo hace inválido plenamente es la de la pubertad biológica<sup>21</sup>. Así, un matrimonio de menores de los dieciocho años, si son púberes, sería válido.

En consecuencia, podemos afirmar que con la supresión de la capacidad del menor mayor de catorce años para el matrimonio civil se produce un efecto que lleva a reconsiderar lo establecido en el artículo contrario a lo prescrito en el artículo 60 del Código Civil:

«El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico (...) produce efectos civiles»

Pero, ¿cómo puede tener efectos civiles un matrimonio si quienes lo contraen son completamente incapaces para ello a los ojos de la norma civil, aunque sea válido a la luz de la Legislación canónica?

Consideramos, que pretender denegar la validez a un matrimonio de un menor de catorce años cumplidos, y púber, que es válido para la Iglesia, sería materia hartamente espinosa: téngase en cuenta, que la validez automática del matrimonio canónico en la esfera civil, se produce como consecuencia de los Acuerdos Iglesia-Estado, y en consecuencia modificar o derogar esta cuestión es una opción que entendemos difícilmente se pueda tomar con validez unilateralmente.

## VII. CONCLUSIONES

Finalizamos nuestro análisis con unas Conclusiones, que bien pueden considerarse como sugerencias realizadas desde la más absoluta modestia, pero que entendemos pueden ser de utilidad para el posterior desenvolvimiento y desarrollo de esta materia.

I. Tras analizar, siquiera haya sido sucintamente, las distintas problemáticas que se derivan de la modificación insertada por la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria en la capacidad para contraer matrimonio del menor de edad, llegamos a una posible disyuntiva que planteamos aquí:

O bien se mantiene la reforma la mencionada figura, y a efectos de ello deben realizarse una serie de modificaciones en el texto legal, o bien se suprime la figura. En las siguientes conclusiones, exponemos nuestras consideraciones:

II. Una primera modificación, de mantenerse la figura, debe dirigirse a dejar bien explícita cuál es la capacidad del menor que vive con independencia de sus padres, equiparándola o distinguiéndola de la del menor emancipado y, dentro de ello, especificar claramente cuál es su capacidad a los efectos de poder contraer matrimonio.

III. En la misma línea, y siguiendo una enmienda presentada al texto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que fue desestimada en el Congreso de los Diputados<sup>22</sup>, consideramos que el matrimonio debe suponer automáticamente la emancipación, de manera que si a este menor que vive con independencia de sus padres se le concede capacidad matrimonial, debe alcanzar la emancipación, y ello por dos razones:

Por una parte, resulta lógico, por cuanto con ello se garantiza que la vida del matrimonio se sustenta sobre unos integrantes que han alcanzado la capacidad necesaria para desenvolverse.

Por otra, serviría para evitar los problemas y trastornos que lo contrario, que es lo que está vigente, puede suponer para los menores que, aún casados, podrían regresar a una patria potestad si sus padres revocaran el consentimiento que les permite vivir con independencia de ellos.

IV. Entendemos también aconsejable suprimir o redactar correctamente determinados artículos, como el 1329, que, según hemos visto quedan ya sin sentido, pero al permanecer en el texto del Código, pueden conducir a cierta confusión.

V. Dentro de opción también de mantener la figura, consideramos que de hacerlo sería necesario precisar más la norma en lo referente a establecer una forma expresa para el consentimiento y para la revocación del mismo: se trata así de ofrecer una mayor seguridad jurídica, frente a lo que actualmente se recoge que nada explícita.

VI. Como hemos señalado en la primera de las Conclusiones, la otra opción a tomar sería la supresión de nuestro ordenamiento jurídico de la figura controvertida del beneficio de la mayor edad de los menores que vivieran autorizados para ello con independencia de sus padres.

La misma, consideramos que su permanencia puede ser innecesaria. Ya el profesor ALONSO PÉREZ se atrevía en 1982, tras una minuciosa y real exposición de la realidad social de entonces, a opinar que podría plantearse la supresión de la emancipación en todas sus modalidades, si bien reconocía utilidad en los casos de la que es concedida por el juez<sup>23</sup>.

Por nuestra parte, sin llegar ahora al análisis profundo de todas las clases de emancipación, sí que se nos antoja que puede ser innecesaria aquella en la nos estamos centrando.

Téngase en cuenta que su perdurabilidad es escasa —apenas dos años— frente a lo que ocurría cuando la mayoría de edad se alcanzaba a los veinticinco, o a los veintitrés años. Por otra parte, sus elementos característicos —la autorización y la revocación— están indefinidos en la forma y las causas, como anteriormente hemos señalado, y por ello adolecen de una elevada dosis de inseguridad.

Asimismo, se puede considerar como una situación provisional de estado civil sin llegar a serlo. Es cierto que ahora, con la reforma operada por la Ley de 21 de julio de 2011, del Registro civil de 2011, esta situación tiene acceso al citado Registro<sup>24</sup>. Pero no por ello constituye un estado civil, ya que por una parte la ley no establece que solo accedan los estados civiles, sino cuantos hechos y circunstancias de la persona sean relevantes para el Derecho, y por otra, es una situación revocable en cualquier momento, careciendo además del reconocimiento como tal plenamente.

Con ella, además, estamos manteniendo al menor en una permanente situación provisional que en cualquier momento puede revocarse, con todos los problemas que dicha provisionalidad podría acarrear en el tráfico jurídico.

Quizá mantener una figura así, con las confusiones que conlleva y para un plazo de dos años máximo, existiendo la posibilidad de emancipar plenamente al menor por otras vías, sea algo innecesario y superfluo.

Ya, para terminar, es preciso recordar, en referencia no solo a estos menores, sino a toda la materia que venimos tratando, que el estado civil de la persona posee una gran relevancia, que queda nítidamente descrita por el profesor DE CASTRO:

*«La condición civil de la persona interesa a la misma estructura de la comunidad, en cuanto señala su puesto y significado jurídico en ella». De ahí el interés que todo lo referente al estado civil y de las cuestiones que le afectan directa o indirectamente, sean consideradas de orden público»<sup>25</sup>.*

VII. Finalmente, y en otro orden de cosas, consideramos a la luz de nuestro estudio que resulta imprescindible una armonización de la capacidad requerida para el matrimonio civil español con el matrimonio canónico. Recordemos que España acoge un sistema matrimonial en el que hallan validez jurídico-civil dos matrimonios distintos, el meramente civil y el canónico, con las siguientes peculiaridades:

- Al matrimonio canónico se le reconoce eficacia jurídica en el orden civil automáticamente desde su celebración.
- El matrimonio civil puede celebrarse en forma puramente civil o en forma religiosa, para los supuestos en que se profese una religión distinta de la católica.

## LEGISLACIÓN

GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. LACRUZ BERDEJO y una tabla de concordancias con el Código Civil vigente. Zaragoza, 1973.

*Código Civil español*. Varias ediciones.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. *BOE* 3 de julio de 2015.

Ley de 21 de julio de 2011, del Registro civil de 2011. *BOE* 22 de julio de 2011.

*Boletín Oficial de las Cortes Generales (Diario de Sesiones)* «Congreso de los Diputados». Serie A Núm. 112-2.

*Código de Derecho canónico*. Editorial BAC, Madrid, 1983.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho civil I,1*. Novena edición. Editorial Bosch. Barcelona 1983.
- *Curso de Derecho civil IV*. Décima edición. Editorial Edisofer SL. Madrid, 2005.
- ALONSO PÉREZ, M., Estatuto jurídico del menor emancipado tras las recientes reformas del Derecho de familia, en *La tutela de los derechos del menor*. Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho civil. Edición preparada y dirigida por José Manuel González Porras. Edición de la Junta de Andalucía. Córdoba, 1984.
- BAENA RUIZ, E., La edad como requisito de capacidad para contraer matrimonio, en *La tutela de los derechos del menor*. Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho civil. Edición preparada y dirigida por José Manuel González Porras. Edición de la Junta de Andalucía. Córdoba, 1984.
- CARRIÓN, S., Comentario al artículo 46, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Primer Libro del Código Civil*, coordinados por Jose Luis Lacruz Berdejo, Segunda edición. Editorial Civitas. Madrid, 1994.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho civil de España*, Tomo II, Derecho de la persona. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1952.
- DÍEZ CORRAL, C. Conferencia, La nueva regulación del matrimonio en el Código Civil, pronunciada en el Curso de Reforma del Derecho de Familia, del Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1983. En CASTÁN TOBEÑAS J. *Derecho civil español común y foral V-1*. Editorial Reus, novena edición, puesta al día por CASTÁN TOBEÑAS, J. M. y GARCÍA CANTERO, G. Madrid, 1983.
- GETE ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. Editorial Tecnos. Madrid, 1985.
- HERVADA, J. y LOMBARDÍA, P. *El derecho del pueblo de Dios, vol III*, Editado por la Universidad de Navarra. Pamplona, 1973.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derecho de familia*. Editado por la Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1989.
- PÉREZ DE CASTRO, N. *El menor emancipado*. Editorial Tecnos. Madrid, 1988.
- PUIG FERROL, L., Comentario a los artículos 314 a 324 del Código Civil, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, Vol. II*. VVAA. Editorial Tecnos, Madrid, 1984.
- SALAZAR, J. *Nuevo Derecho canónico*, de VVAA. Editorial BAC 1983.
- SALVADOR CODERCH, P., Comentario al artículo 46 del Código Civil. En *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, vol. I*. VVAA. Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

## NOTAS

<sup>1</sup> BOE de 3 de julio de 2015

<sup>2</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho civil I,1*. Novena edición. Editorial Bosch. Barcelona 1983, 248.

<sup>3</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. *Curso de Derecho civil IV*. Décima edición Editorial Edisofer SL. Madrid, 2005, 50.



<sup>4</sup> ALONSO PÉREZ, M. Estatuto jurídico del menor emancipado tras las recientes reformas del Derecho de familia, en *La tutela de los derechos del menor*. Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho civil. Edición preparada y dirigida por José Manuel González porras. Edición de la Junta de Andalucía. Córdoba, 1984, 15.

<sup>5</sup> ALONSO PÉREZ, M. *Estatuto jurídico del menor... cit.*, 36.

<sup>6</sup> BAENA RUIZ, E. La edad como requisito de capacidad para contraer matrimonio, en *La tutela de los derechos del menor... cit.*, 64.

<sup>7</sup> SALVADOR CODERCH, P. Comentario al artículo 46 del Código Civil. En *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, Vol I*. VVAA. Editorial Tecnos, Madrid, 1984, 165.

<sup>8</sup> PUIG FERROL, L. Comentario a los artículos 314 a 324 del Código Civil. En *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, Vol. II*. VVAA. Editorial Tecnos, Madrid, 1984, 1238.

<sup>9</sup> PÉREZ DE CASTRO, N. *El menor emancipado*. Editorial Tecnos. Madrid, 1988, 59.

<sup>10</sup> DIEZ CORRAL, C. Conferencia La nueva regulación del matrimonio en el Código Civil, pronunciada en el Curso de Reforma del Derecho de Familia, del Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1983. En CASTAN TOBEÑAS J., *Derecho civil español común y foral V-I*. Editorial Reus, novena edición, puesta al día por CASTÁN TOBEÑAS, J. M. y GARCÍA CANTERO, G. Madrid, 1983, 208.

<sup>11</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. *Derecho de familia*. Editado por la Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1989, 52, not. P. 43.

<sup>12</sup> GETE ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. Editorial Tecnos. Madrid, 1985, 140, y not. 72.

<sup>13</sup> CARRIÓN, S. Comentario al artículo 46, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Primer Libro del Código Civil*, coordinados por José Luis Lacruz Berdejo, segunda edición. Editorial Civitas. Madrid, 1994, 163.

<sup>14</sup> Artículo 1329 del Código Civil español.

<sup>15</sup> PÉREZ DE CASTRO, N. *El menor emancipado... cit.*, 117 y sigs.

<sup>16</sup> «(...) En efecto, el matrimonio es lo principal, puesto que en él se dispone de la persona, las capitulaciones matrimoniales, como referentes a cosas, vienen a ser lo accesorio y subalterno».

GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código Civil vigente. Zaragoza, 1973, 669.

<sup>17</sup> PÉREZ DE CASTRO, N. *El menor emancipado... cit.*, 120.

<sup>18</sup> «El Gobierno sostiene que una de las bondades del proyecto de ley es elevar la edad para contraer matrimonio a los dieciséis años.

(...) Dicho esto, si lo que se pretende es eliminar la posibilidad de que pueda contraerse matrimonio de manera válida por menores de dieciséis años, creemos que la forma adecuada es la resultante de la enmienda presentada (...)

Enmienda número 321 Grupo Parlamentario Socialista. *BOCG*. Congreso de los Diputados. Serie A, número 112-2, 22 de abril de 2015, 169.

<sup>19</sup> *Código de Derecho canónico de 1983, can. 1082*.

<sup>20</sup> HERVADA, J. y LOMBARDÍA, P. en *El derecho del pueblo de Dios, vol III*, Editado por la Universidad de Navarra. Pamplona, 1973, 338.

<sup>21</sup> SALAZAR, J. Cfr. en *Nuevo Derecho canónico* de VVAA. Editorial BAC 1983, 201.

<sup>22</sup> *BOCG CONGRESO DE LOS DIPUTADOS* Serie A, núm. 112-2 22 de abril de 2015, 177 Enmienda 332. Grupo Parlamentario Socialista:

«A la disposición final primera, apartado cincuenta y dos De supresión. Se propone la supresión del apartado cincuenta y dos de la disposición final primera, por la que se modifica el artículo 314 del Código Civil.

*MOTIVACIÓN* En coherencia con el mantenimiento del sistema de acceso a la emancipación mediante el matrimonio y el mantenimiento de la dispensa del impedimento de edad para contraer matrimonio, si bien actualizada a los dieciséis años».

<sup>23</sup> ALONSO PÉREZ en *Estatuto jurídico del menor emancipado tras las recientes reformas del Derecho de familia...* cit., 17 y sigs.

<sup>24</sup> Artículo 4. Hechos y actos inscribibles:

*Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles: (...) 6.º La emancipación y el beneficio de la mayor edad.*

*BOE* 22 de julio de 2011.

<sup>25</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho civil de España* Tomo II Derecho de la persona. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1952, 72.

*(Trabajo recibido el 23-10-2017 y aceptado  
para su publicación el 8-11-2017)*



# LECTURAS DE DICTÁMENES Y NOTAS



El controvertido apartado e)  
del artículo 5 de la LAU.  
Una exclusión condicionada

*The controversial section 5e)  
of the Urban Leasing Act  
(of the LAU). A conditional exclusion*

por

JOSÉ MARÍA BOTELLO HERMOSA  
*Asesor jurídico. Doctorando*

*RESUMEN:* En este artículo vamos a exponer las principales consecuencias que se derivan de la inclusión del nuevo apartado e) en el artículo 5 de la LAU, el referente a las exclusiones, que comienza a tener su máxima relevancia en nuestros días, concretamente a raíz de la proliferación de los alquileres turísticos y de su regulación en las distintas Comunidades Autónomas. Sin embargo, aunque pudiera parecer *prima facie* la exclusión de un tipo concreto de arrendamientos, veremos cómo existen importantes condicionantes que la matizan.

*ABSTRACT:* In the present article, we will study the main consequences resulting from the inclusion of the new paragraph e) of article 5 of the LAU, the one regarding the exclusions, which is becoming increasingly relevant especially nowadays, as a result of the proliferation of the holiday rentals and its regulation in the different Autonomous Communities. However, even if it may seem, *prima facie*, to be the exclusion of a particular type of leases, we will see how it is qualified by important factors that must be taken into account.

**PALABRAS CLAVE:** Ley de Arrendamientos Urbanos. Alquiler turístico. Arrendamiento vacacional. Habitualidad.

**KEY WORDS:** Spanish Urban Rental Law. Holiday rental. Regularity.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.— II. UNA APROXIMACIÓN A LOS ARRENDAMIENTOS VACACIONALES COMO PRINCIPALES AFECTADOS DE LA EXCLUSIÓN DEL APARTADO E): 1. LOS ARRENDAMIENTOS VACACIONALES. 2. DIFERENTES ARRENDAMIENTOS CELEBRADOS POR PERIODOS VACACIONALES EXCLUIDOS DE LOS CALIFICADOS «ARRENDAMIENTOS VACACIONALES»: A) *Los contratos complejos. Especial mención al contrato de hospedaje.* B) *Los contratos de aprovechamiento por turno o alquileres vacacionales por turno: La mal llamada «multipropiedad», o también conocido como «timesharing».* C) *El alquiler turístico.*—III. APARTADO E), ARTÍCULO 5 DE LA LAU: 1. ANTECEDENTES. 2. ELEMENTOS FUNDAMENTALES: A) *Que exista una cesión temporal de uso de la totalidad de la vivienda.* B) *Que la vivienda esté amueblada y en condiciones de uso inmediato.* C) *Que sea comercializada o promocionada en «canales de oferta turística».* D) *Que se realice con finalidad lucrativa.* E) *Que esté regulado por un régimen específico derivado de su normativa sectorial.* 3. ¿ARRENDAMIENTOS VACACIONALES O ALQUILERES TURÍSTICOS?—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El 6 de junio de 2013 entraba en vigor la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, con la finalidad de, como bien se refleja en el nombre, buscar nuevos mecanismos de flexibilización y dinamización de un mercado inmobiliario caracterizado por una alta tasa de propiedad y, especialmente, de un débil mercado del alquiler, con las consiguientes implicaciones negativas que ello conlleva para la economía, tanto en la movilidad de trabajadores como en la existencia de un gran número de viviendas en propiedad vacías y sin ningún uso ni beneficio.

En efecto, esta circunstancia es la que motiva la existencia de esta Ley, que viene a modificar una serie de preceptos de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, como un mecanismo para cambiar y dinamizar la situación, a través de la búsqueda del justo equilibrio entre las necesidades de vivienda en alquiler y las garantías que deben ofrecerse a los arrendadores para su puesta a disposición del mercado arrendaticio. De entre los principales aspectos que se modifican, tales como el régimen jurídico aplicable, reforzándose la libertad de pactos y la autonomía de la voluntad de las partes,

o la duración del arrendamiento, que pasa de 5 a 3 años, entre otros, destaca considerablemente la inclusión del apartado e) en el artículo 5, excluyéndose, en principio, específicamente el uso del alojamiento privado con una finalidad turística en base a que se considera que puede estar dándose cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal que afecta directamente a la calidad de los destinos turísticos. Empero, como veremos a lo largo de este artículo, en caso de ausencia de normativa autonómica al respecto, el ámbito normativo de aplicación actual no sufre modificación.

Así pues, en este trabajo, nos centraremos exclusivamente en el citado apartado e) del artículo 5. Lo analizaremos e interpretaremos, esclareciendo cuándo los contratos de arrendamientos de viviendas que se celebren para un uso vacacional efectivamente se excluyen de la LAU, y cuándo no.

## II. UNA APROXIMACIÓN A LOS ARRENDAMIENTOS VACACIONALES COMO PRINCIPALES AFECTADOS DE LA EXCLUSIÓN DEL APARTADO E).

### 1. LOS ARRENDAMIENTOS VACACIONALES

Antes de adentrarnos en la materia, entiendo conveniente aclarar una serie de cuestiones previas para disipar los diferentes interrogantes que pudieran ir surgiendo a medida que avancemos lo que nos servirá para una mejor delimitación del objeto de nuestro estudio. En primer lugar, analizaremos someramente el marco general donde se encuentran los arrendamientos vacacionales, los principales protagonistas y afectados por la inclusión del apartado e) en el artículo 5, y posteriormente haremos mención a otra serie de arrendamientos que, reuniendo las mismas características que los vacacionales, se decidieron excluir estos, centrándonos específicamente en aquellos que denominaremos «alquileres turísticos», y que no son otros que los que el nombrado apartado 3) excluye.

La relevancia de este punto se encuentra en el hecho de que el apartado e) les afecta directamente. Por ello, conviene ofrecer una visión general de los mismos, haciendo mención a su consideración especial en la norma, a los elementos esenciales de estos contratos y, especialmente, a la exigencia de que se trate de una vivienda amueblada y en condiciones de uso inmediato

Respecto a su especial consideración en la norma, precisamente en el artículo 3.2 de la LAU, que dispone: «*En especial, tendrán esta consideración los (...) celebrados por temporada, sea esta de verano o cualquier otra (...)*». Es decir, representan un tipo de arrendamiento por temporada especialmente reflejado en la normativa estatal, con una especial relevancia en nuestro sistema normativo.

En cuanto a los elementos esenciales<sup>1</sup> que presenta este tipo de contratos, y relacionando la causa con el destino primordial del contrato, este elemento



hace de límite entre los dos grupos de arrendamientos que recoge la LAU, que son los «*de vivienda*» del artículo 2<sup>2</sup>, o por el contrario, por lo dispuesto para los «*alquileres vacacionales*», previsto en el artículo 3.2<sup>3</sup>, de cuya lectura conjunta se percibe que la principal diferencia que se dilucida entre ambos tipos es, como decimos, la causa que los motiva, o lo que es lo mismo, el uso al que se destinan, *satisfacer la necesidad permanente de vivienda* en los primeros, y uno distinto del establecido en el apartado anterior, es decir, un *uso diferente al de la necesidad permanente de vivienda*, en los segundos, que concreta en un uso vacacional.

En efecto, a lo que realmente aluden estos arrendamientos es a que la vivienda se destine a un uso que no sea el de satisfacer la necesidad permanente de vivienda o una necesidad de una primera residencia del arrendatario, sino la satisfacción de una necesidad temporal, de vivienda<sup>4</sup>, es decir, de una edificación habitable, por el tiempo que duren las vacaciones.

En cuanto al periodo vacacional, se circunscribirá dentro del concepto de temporalidad (ya que estos arrendamientos se entienden dentro de los celebrados por temporada), sobre el cual, nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado indicando reiteradamente que el requisito de la temporalidad o de la permanencia de la ocupación guarda relación no con el plazo de duración simplemente cronológico por que se pacta la duración del contrato sino con *la finalidad a que va encaminado*<sup>5</sup>. Es decir, que el verdadero criterio determinante para calificar cuándo un alquiler es vacacional, y por extensión temporal (art. 3.2), en detrimento de vivienda (art. 2), no será ni su objeto ni la duración cronológica temporal del mismo<sup>6</sup>, sino la finalidad a la que destine el contrato que debe ser diferente a un uso permanente de vivienda<sup>7</sup>. En sentido contrario a esta concepción de la temporalidad se pronuncian, entre otros, ORDÁS ALONSO, VALLADARES RASCÓN y DÁVILA GONZÁLEZ considerando que si el plazo es inferior a un año es lógico presumir que se trata de un arrendamiento de temporada<sup>8</sup>.

Por otro lado, y continuando con los elementos esenciales del contrato y con la comparativa con respecto a los arrendamientos de vivienda habitual, considero que en ambos casos deben tener el mismo objeto contractual, esto es, una vivienda que esté en condiciones de habitabilidad<sup>9</sup>. Así, por mera comparación terminológica, si se cotejan los arrendamientos de viviendas con los de temporada, en este supuesto aquellos destinados a satisfacer la necesidad de una vivienda como *segunda residencia*, se deduce que, si existe un tipo de arrendamiento «*de segunda residencia*», obligatoriamente habrá de existir otro tipo de arrendamiento «*de primera residencia*», que viene representado por los arrendamientos de *vivienda* del artículo 2<sup>10</sup>. Por consiguiente, concibo que ambas modalidades deberán tener el mismo objeto del contrato, una vivienda habitable capaz de satisfacer tanto la necesidad de primera como de segunda residencia.

En efecto, el artículo 2 de la LAU dispone que el objeto de los arrendamientos de vivienda deberá ser una edificación habitable: «*se considera arren-*

*damiento de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable, cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario». Y, sin embargo, en el artículo 3.1 dispone que los arrendamientos para uso distinto del de vivienda recaerán sobre una edificación sin el requisito de habitable<sup>11</sup>: «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». A título de ejemplo, tengamos en cuenta el supuesto de hecho en el que una familia alquila una vivienda para 2 semanas de vacaciones, y que el día que entran, no se encuentra en las mínimas condiciones de habitabilidad, imposibilitándoles disfrutar del inmueble con la normalidad que cabría esperarse. De seguir una interpretación literal del artículo 3, se «estaría cumpliendo» con lo dispuesto en la norma y el objeto del contrato sería conforme a la LAU ya que sería una edificación, sin importar la condición de habitabilidad. Pero en este supuesto, la realidad fáctica es que no se cumpliría con *la causa o destino* que motivó la celebración del contrato, esto es, para disfrutar temporalmente de una edificación habitable en la que desarrollar la intimidad de la existencia con total normalidad, adecuación y dignidad. Entiendo que el contrato no respetaría la causa o destino al que se destina y, por tanto, no debería considerarse válido (aunque, como ya he indicado, ciñéndonos a lo establecido en la LAU, sería legal y conforme a derecho). Este supuesto de hecho no estaría conforme a lo dispuesto en el Título VI (Del contrato de arrendamiento), Capítulo Segundo, Sección Segunda (De los derechos y obligaciones del arrendador y arrendatario), cuyos artículos 1554. 2.º y 3.º establecen que el arrendador «*está obligado a hacer en ella* (en la cosa objeto del contrato, es decir, en la edificación) *durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada, y a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato*», seguido del 1555. 2.º, que añade que el arrendatario está obligado a «*(...) usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra*». En resumen, bajo mi punto de vista, entiendo que los alquileres vacacionales deberán celebrarse siempre sobre una *edificación habitable*, aunque no venga así especificado en la LAU.*

Finalmente, y en relación directa con la exigencia de habitabilidad de la vivienda, situamos la exigencia de que se trate de una vivienda amueblada y en condiciones de uso inmediato, ya que no se podrá disfrutar verdaderamente del periodo vacacional sin estar debidamente amueblada y condicionada para su uso inmediato. Tal exigencia se extrae de la corta duración de estos periodos vacacionales que, además, con el paso del tiempo van reduciéndose. Así, no tendría ningún sentido alquilar una vivienda con la finalidad de pasar un periodo vacacional de corta duración y que no estuviese debidamente amueblada y en

condiciones para ser usada al instante. Se sobrentiende que, cuando alguien desea pasar una temporada en la playa o en la montaña con la intención de descansar, desconectar, olvidarse de la rutina, disfrutar, relajarse, etc., y no consideramos que tener que hacer una mudanza ayude a ello.

Este requisito, en mi opinión, se convierte en una condición obligatoria del contrato atendiendo a lo dispuesto en el Título VI (Del contrato de arrendamiento), Capítulo Segundo, Sección Segunda (De los derechos y obligaciones del arrendador y arrendatario), cuyos artículos 1554. 2.º y 3.º establecen que el arrendador *«está obligado a hacer en ella (en la vivienda) durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada, y a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato»*, seguido del 1555. 2.º, que añade que el arrendatario está obligado a *«usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra»*. De esta lectura se desprende que, si se acuerda un arrendamiento de una vivienda con el fin de pasar en ella unas vacaciones, el arrendador tiene la obligación de que la vivienda esté en las condiciones adecuadas para servir a ese uso al que se destina garantizándole el uso pacífico del arrendamiento, obligación relacionada con la del arrendatario que debe destinarla exclusivamente para el uso que se pactó, es decir, no dedicarla a otros usos diferentes como, por ejemplo, llevar a cabo una actividad empresarial. Por tanto, este contrato no sería conforme al Código Civil, y consideramos que, no exigiendo la habitabilidad y la condición de que esté debidamente amueblada y en condiciones de uso inmediato, del objeto de estos alquileres vacacionales, se estaría dejando en una posición de vulnerabilidad y falta de protección total a los arrendatarios.

Sobre este particular, se pronuncia en la misma línea la Audiencia Provincial de Madrid<sup>12</sup>, que, en un litigio acerca de la habitabilidad de una vivienda durante un alquiler vacacional, señala que *«(...) ha quedado acreditada la falta de limpieza y la inadecuación del apartamento arrendado para servir al uso que era destinado (alquiler de temporada de la primera quincena del mes de agosto) (...) este Tribunal debe forzosamente compartir (...) que el hoy apelante incumplió con la principal obligación asumida frente a la actora, esto es, proporcionar una vivienda amueblada y acondicionada para las vacaciones durante la primera quincena del mes de agosto, de tal manera que debe entenderse que la demandante no hubiera arrendado nunca el apartamento de conocer su estado de suciedad y la inadecuación de sus instalaciones. En definitiva, (...) entregó una cosa (...) inhábil en su conjunto, para el uso a que iba destinada, creando una insatisfacción objetiva y justificada de la arrendataria, según los usos normales. (...) forzoso es estimar acreditado el padecimiento psíquico sufrido por la demandante que vio transformadas sus lógicas expectativas de unos días*

*plácidos de vacaciones, por una situación incómoda, tensa e inaceptable, que la obligó a buscar a toda prisa un nuevo alojamiento».*

Asimismo, consideramos que esta particularidad es una forma de distinguir los alquileres vacacionales del resto de arrendamientos temporales, es decir, de los celebrados por periodos académicos o de los de segunda residencia, generalmente acordados por periodos anuales, en donde la exigencia de los muebles y del uso inmediato no presenta la misma relevancia. En esta línea, entendemos que la exclusión específica del apartado e) del artículo 5 se refiere exclusivamente a los alquileres vacacionales, y no al resto de arrendamientos temporales.

Para concluir con el análisis de los arrendamientos vacacionales, respecto a su régimen jurídico, sucede igual que con el resto de arrendamientos que se destinan a un uso diferente del de satisfacer una necesidad permanente de vivienda, los «*arrendamientos vacacionales*», ya que se regularán por lo dispuesto imperativamente en los Títulos I y IV de la LAU, por lo acordado *inter partes* y, en su defecto, por el Título III de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda (excepto los arts. 32, 33 y 34, vinculados a los arrendamientos «de local de negocio») y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil. En primer lugar, se someten imperativamente a lo dispuesto en los Títulos I y IV, cuya consecuencia más relevante es, en caso que así lo determine la Comunidad Autónoma, la obligatoriedad del depósito de una fianza de 2 mensualidades de la renta en un Registro de la Comunidad Autónoma (art. 36). Este requisito resulta algo excesivo para este tipo de arrendamientos ya que, por lo general, suelen ser por estancias cortas y esta exigencia parece ilógica en comparación con la de los arrendamientos de vivienda a los que se les requiere únicamente una mensualidad. Por otro lado, otra de las características relevantes de los «*alquileres vacacionales*», es la amplia libertad de pacto de la que gozan las partes del contrato para acordar aquello que estimen convenientes, y tan solo en defecto de acuerdo, se aplicará lo dispuesto en el Título III, como sucede en el caso del derecho de adquisición preferente del arrendatario (al art. 31, que se remite al 25), que se aplicará en el caso en que las partes no establezcan explícitamente lo contrario. Finalmente, y de forma supletoria, se someterá a lo dispuesto por el del Código Civil, concretamente a lo dispuesto en los Títulos II y VI, normativa de contratos y, específicamente, del contrato de arrendamiento.

## 2. DIFERENTES ARRENDAMIENTOS CELEBRADOS POR PERIODOS VACACIONALES EXCLUIDOS DE LOS CALIFICADOS «ARRENDAMIENTOS VACACIONALES»

Existen ciertas cesiones de uso de vivienda por periodos temporales que, a pesar de reunir prácticamente los mismos elementos esenciales que los arrendamientos vacacionales, no se regulan por la LAU, sino a través de una normativa propia, generalmente aprobada por motivos de políticas económicas, dando

como resultado, en muchos casos, una situación confusa e imprecisa en cuanto al *ius cogens* de los mismos.

Dentro de esta tipología de contratos, sobre los que no incidiremos en profundidad, podríamos destacar los siguientes.

A) *Los contratos complejos. Especial mención al contrato de hospedaje*

Los contratos de «*arrendamientos complejos*» pueden dar lugar a confusión y hacernos pensar que son un tipo de alquiler vacacional regulado en la LAU, como pudieran ser los arrendamientos de vivienda o los celebrados por temporada, pero la realidad es distinta. Se trata de un tipo de alquiler que se formaliza a través de la celebración de «*contratos atípicos*», es decir, carentes de una regulación legal propia y de una normativa concreta.

Representan un concepto jurídico elaborado por la doctrina<sup>13</sup> para referirse a unos tipos de contratos que, en base al artículo 1255 del Código Civil, se constituyen unificando una serie de contratos de diversa naturaleza jurídica que orbitan alrededor de un arrendamiento urbano, configurando entre todos ellos un único contrato «complejo» precisamente por esa pluralidad de contratos regulados por diversas normativas. Esto es, se forman a partir del alquiler de una vivienda, y en torno a dicho alquiler orbitan otra serie de acuerdos bilaterales conectados al primero que se rigen cada uno por una normativa específica, conformando entre todos ellos un nuevo contrato único por un precio cierto. Sin embargo, este hecho plantea la duda acerca de cuál de todas esas normativas le será aplicable a este contrato único, la LAU, propia a los alquileres vacacionales, o las otras normas específicas que regularan el resto de acuerdos bilaterales.

Así, sobre esta cuestión, nuestra jurisprudencia se pronuncia definiendo el contrato de arrendamiento complejo como aquel que está constituido por un conjunto de negocios jurídicos bilaterales combinados, pactos lícitamente contraídos según el artículo 1255 del Código Civil, y que por su naturaleza principal y características, no constituyen un arrendamiento simple o corriente, sino que aparecen investidos de una complejidad que determina que no puedan ser incluidos todos sus aspectos en el cauce del régimen jurídico simple y sencillo del contrato de arrendamiento de establecimiento industrial<sup>14</sup>. Señala nuestro Alto Tribunal, a su vez, que supone el establecimiento a cargo del arrendatario de prestaciones que no son propias y específicas de la relación arrendaticia, o complementarias de ella<sup>15</sup>.

Recapitulando, los contratos de arrendamientos complejos, al recaer sobre un contrato principal de arrendamiento sobre el que se dan otras prestaciones adicionales de carácter principal, se diferencian de los contratos de arrendamientos por temporada y se excluyen del ámbito de aplicación de la LAU, aunque reúnan los requisitos para incluirse dentro de los arrendamientos del artículo 3

de la LAU. Así pues, sobre los arrendamientos complejos, tanto la doctrina<sup>16</sup> como la jurisprudencia<sup>17</sup> se decantan por excluirlos de la LAU.

Dentro de los contratos complejos, el más reputado ha sido siempre el de hospedaje, del que CASTÁN TOBEÑAS<sup>18</sup> configura como aquel contrato complejo por el que una persona se obliga a prestar a otra alojamiento y, cuando menos, los servicios complementarios de vivienda, mediante un precio, celebrados en virtud del artículo 1256 del Código Civil.

*B) Los contratos de aprovechamiento por turno o alquileres vacacionales por turno: La mal llamada «multipropiedad»<sup>19</sup>, o también conocido como «timesharing»*

Este tipo de arrendamientos, celebrados por temporadas vacacionales «*por turno*», vienen recogidos en los artículos 1, 2, y 27 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, y representan, *grossa modo*, los mismos elementos esenciales que los arrendamientos vacacionales, con la particularidad de que se cede el uso de una vivienda/alojamiento en una época determinada del año (con un mínimo de 7 días seguidos) y durante varios años diferentes, de tal forma que el arrendatario se asegura el derecho de uso y disfrute de dicho alojamiento/vivienda, únicamente durante un periodo determinado del año (generalmente durante el verano), durante varios años, evitándose así las molestias de tener que volver a celebrar cada año un nuevo contrato entre las mismas partes y sobre los mismos aspectos, y además, con derecho a la prestación de una serie de servicios complementarios (como puede ser la limpieza del apartamento a su llegada).

Su régimen jurídico no resulta fácil de delimitar porque, además de que está sometido a una normativa en constante modificación, la Ley que actualmente lo regula, la citada Ley 4/2012, de 6 de julio, derivándose supletoriamente<sup>20</sup> a lo dispuesto, precisamente, para los arrendamientos vacacionales, regulados en el artículo 3.2 de la LAU. De esta forma, nos planteamos el interrogante de qué normativa les será aplicable y en qué medida, al tratarse de dos normativas especiales y con diversas disposiciones imperativas. En este sentido, y de una forma escueta, considero que la LAU no se podrá aplicar a este tipo de contratos, de tipología compleja, quedando por ello excluido de su ámbito de aplicación. Entiendo que la citada remisión a la LAU fue un hecho desafortunado de la Ley 4/2012, de 6 de julio, a la LAU con la intención de evitar, sorprendentemente, posibles situaciones de contradicción entre ambas normas<sup>21</sup>.

En resumen, considero que estos contratos, a pesar de ser por temporadas vacacionales, reúnen el condicionante para ser calificados como «*complejos*», ya que además de la exigencia de que el arrendador deba ser un «*empresario*», han de prestarse una serie de servicios adicionales al de la vivienda. Así pues, la normativa aplicable sería la Ley 4/2012, de 6 de julio, por ser más específica

que la LAU, al haber sido publicada especialmente para establecer la regulación normativa y las características y exigencias a estos tipos contractuales.

### C) *El alquiler turístico*

Esta modalidad arrendaticia calificada para uso turístico, tradicionalmente se ha englobado dentro de los arrendamientos vacacionales, sometiéndose tradicionalmente al mismo régimen jurídico, hasta que en 2013 el legislador opta por excluirla del ámbito normativo de la LAU, con la inclusión del mencionado apartado e), generándose una gran incertidumbre sobre la legislación aplicable<sup>22</sup>.

En efecto, vamos a hacer referencia a los arrendamientos de vivienda con dos denominaciones diferentes; con la finalidad de identificar directamente estamos haciendo referencia a aquellas cesiones de viviendas por temporadas sometidas cuándo al ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, calificándolas como «*arrendamientos urbanos*», y cuándo no, refiriéndonos a ellas entonces como «*alquileres turísticos*», afectadas a lo dispuesto en las diferentes normativas de turismo de las Comunidades Autónomas, sobre los cuales profundizaremos justo a continuación.

## III. APARTADO E), ARTÍCULO 5 DE LA LAU

### 1. ANTECEDENTES

Hasta la entrada en vigor de la Ley 4/2013, de 4 de junio, este tipo de alquileres para uso turístico celebrados entre particulares estaban circunscritos, como anteriormente hemos comentado, a lo dispuesto en la LAU, dentro de los arrendamientos vacacionales, sometiéndose al mismo régimen jurídico.

No obstante, el auge de la tecnología y la aparición de las nuevas vías de comunicación, sumado al entorno de crisis económica vivido desde el 2008, propició que el turismo se erigiera como una de las pocas actividades capaces de generar ingresos, tanto a nivel de los profesionales como, esencialmente, para los particulares, que vieron de esta manera una fuente de ingresos extra, especialmente con el auge de las plataformas digitales especializadas en la oferta turística entre particulares (Airbnb, Homeaway, Windu, etc.).

En efecto, el uso de este tipo de alquileres ha experimentado un incremento tal que, en 2014, un informe de EXCELTUR<sup>23</sup> estimó que representaban 2.725.134 las plazas turísticas ofertadas, en comparación con las 1.433.262 plazas que ofrecieron los hoteles, o más lejanas, las 450.432 que ofrecieron los apartamentos turísticos. Precisamente, como expone CAMPUZANO TOMÉ<sup>24</sup>, tal fue el crecimiento de estas prácticas entre particulares que sobrevino en una alternativa

a los alquileres tradicionales, lo que motivó que los establecimientos de alojamiento colectivo, que veían una especie de competencia desleal, presionaran al legislador para que promoviera su regulación y los excluyera del ámbito de aplicación de la legislación civil arrendaticia. Consecuentemente, nuestro legislador, cediendo en cierto modo a tales presiones y en un intento de evitar situaciones que podrían estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, como así hemos expuesto en la Introducción, procedió a la aprobación de la Ley 4/2013, de 4 de junio. Empero, mediante esta Ley no se modifica el artículo 3.2 de la LAU propio de los arrendamientos por temporada, sino que añade un nuevo apartado al artículo 5 de la LAU, relativo a los arrendamientos excluidos de su ámbito de aplicación, señalando que «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*», excluyéndose, en un primer momento, este tipo de alquileres vacacionales del ámbito de aplicación de la LAU.

Todo ello ha generado una inseguridad jurídica entre los propietarios de viviendas que tradicionalmente las arrendaban al no tener claro si se les impide seguir desarrollando la actividad locativa de sus inmuebles al amparo de la LAU, debiéndose someter a lo que dispuesto por las CCAA, lo que normalmente supone reunir una serie de requisitos extras administrativos que, en ocasiones, pueden dificultar dicha actividad.

Así las cosas, la gran dificultad que entraña este apartado e), que excluye los alquileres para uso turístico, orbita sobre la Ley de aplicación a los alquileres de alojamientos privados, ya que podrán someterse tanto a la LAU, supuesto en el cual los denominaremos, a efectos meramente didácticos y de fácil identificación, «*arrendamientos vacacionales*», por el hecho de someterse a la Ley de Arrendamientos, o, por otro lado, podrán regirse igualmente por la normativa autonómica, en los supuestos que, efectivamente, hayan sido excluidos, en los cuales calificaremos a estas cesiones del uso de la vivienda como «*alquileres turísticos*».

Por ello, vamos a analizar el controvertido apartado e) para esclarecer, en primer lugar, que los arrendamientos vacacionales no quedan ni en desuso ni, tampoco, su utilización al margen de la Ley, así como para marcar la línea que los separa de los «*alquileres turísticos*», protagonistas de la comentada exclusión.

## 2. ELEMENTOS FUNDAMENTALES

Así pues, debido a que el contenido de este apartado no es para nada sencillo ni claro, sino más bien todo lo contrario, confuso y de difícil interpretación,



al no concretar y delimitar los requisitos que determinan su exclusión, vamos a analizar cada uno de los aspectos que deben confluír para que se produzca dicha exclusión, que hemos clasificado en 5 apartados.

A) *Que exista una cesión temporal de uso de la totalidad de la vivienda*

En cuanto a la cesión temporal, advertimos en primer lugar que el concepto «temporal» se contrapone al de «necesidad permanente», requisito imprescindible para calificar a los arrendamientos de vivienda del artículo 2 de la LAU, indicando que la temporalidad se determinará en función de la necesidad de vivienda (no permanente) que se desee satisfacer, y no por un carácter cuantitativo.

Así, si se satisface una necesidad «académica», la temporalidad se determinará por la duración que tengan los estudios, o si es de «segunda residencia», por el tiempo que necesite cubrir esa necesidad, y en el caso de un «periodo vacacional», por el tiempo que tengan de vacaciones. No obstante, la principal dificultad de este requisito se nos presenta en las cesiones de uso por «periodos vacacionales», y no precisamente por la temporalidad o duración del mismo, sino por el calificativo de «vacacional», en contraposición a «turístico», siendo este el aspecto fundamental sobre el que orbitará el régimen jurídico aplicable a los mismos.

Respecto a la totalidad de la vivienda, se hace referencia a los arrendamientos del artículo 3.2, concretamente a los arrendamientos celebrados por temporada. Sobre este particular no hay dudas, al estar claro que ha de arrendarse la totalidad del inmueble.

Por el contrario, y profundizando en este aspecto, al estar muy de moda hoy en día el alquiler de habitaciones por estancias cortas de tiempo, cabría plantearse lo siguiente; ¿Qué sucede entonces en los supuestos que el objeto del contrato sea una única habitación? Y más allá, desde la perspectiva contraria, ¿Qué sucede en aquellos supuestos en los que se celebre un arrendamiento de una vivienda para un uso vacacional pero el arrendador se reserve un derecho a utilizar una única habitación dentro de la misma?

Sobre este particular, considero que la referencia expresa a *la totalidad de la vivienda* como un condicionante para su exclusión del ámbito normativo de la LAU es innecesaria, ya que entiendo que la LAU únicamente engloba dentro de su ámbito de aplicación aquellos arrendamientos urbanos que se celebren, única y exclusivamente, sobre la totalidad de una vivienda, quedando directamente excluidos aquellos que no cumplan dicho requisito, como pudiera ser, a título de ejemplo, el contrato de arrendamiento de una habitación, los cuales se obligan a lo establecido *inter partes* y, supletoriamente, a lo dispuesto en el Código Civil<sup>25</sup>.

*B) Que la vivienda esté amueblada y en condiciones de uso inmediato*

En sentido negativo, el alquiler de una vivienda que no esté amueblada ni en condiciones para ser destinada a uso turístico no estará excluido de la LAU. Este apartado excluye los locales de negocio que, generalmente, se alquilan vacíos para desempeñar, en los mismos, actividades comerciales e industriales. Con este apartado, el legislador diferencia, sutilmente, entre los tipos de arrendamiento regulados en el artículo 3 sobre los que hace especial referencia: los celebrados por temporada y los de local de negocio.

Así, mediante la nota de la temporalidad del contrato, entre otras medidas, se reduce el ámbito de aplicación únicamente a los arrendamientos regulados en el artículo 3 (los celebrados para un uso distinto del de vivienda), con la exigencia de que esté en condiciones de uso inmediato y que esté amueblado, pues se descartan igualmente los destinados a usos comerciales o industriales que pueden celebrarse sobre viviendas que no estén en condiciones de habitabilidad.

*C) Que sea comercializada o promocionada en «canales de oferta turística»*

Por canales de oferta turística podemos entender las agencias de viaje, las inmobiliarias especializadas en turismo, a través de internet, etc., pero no, en cambio, cuando se concierte directamente por el arrendador y el usuario turístico. Este apartado se puede concebir como una medida clara de carácter político para enfrentar, preventivamente, al auge de los arrendamientos de viviendas de uso turístico que se viene produciendo en el último lustro gracias a las plataformas online o webs 2.0 y que reflejan una nueva realidad y un nuevo reto jurídico.

Con esta medida el legislador estatal reconoce y hace hincapié de forma expresa en una competencia, la de turismo, que, cuando las distintas CCAA las asumen en sus Estatutos autonómicos, corresponde al autonómico, de forma que será este quien deba regular la actividad de turismo y quien deberá asumir y atajar los diferentes conflictos que pudieran derivarse de las distintas prácticas entre los lobbies hoteleros y los particulares que arriendan. Este hecho deriva en que existan soluciones diferentes a un mismo problema en función de las diferentes normativas autonómicas.

En este sentido, respecto al concepto de canal de oferta turística, engloban diferentes posibilidades que van desde las empresas de mediación y organización de servicios turísticos hasta las mismas agencias de viajes. De este modo, el requisito del «canal de oferta turística» está completamente sometido y condicionado a lo que se disponga en la normativa autonómica correspondiente, no siendo, por tanto, una condición independiente que pueda determinar la exclusión de un alquiler del régimen jurídico de la LAU, ya que siempre estará supeditada a lo que se determine en la normativa autonómica que regule específicamente este tipo de arrendamientos.

La concepción de «canal de oferta turística» variará en función de las Comunidades Autónomas que se han pronunciado al respecto. A título de ejemplo, la Comunidad canaria que engloba dentro de este concepto a «*las agencias de viajes, centrales de reserva y otras empresas de intermediación y organización de servicios turísticos, incluidos los canales de intermediación virtuales; páginas webs de promoción, publicidad, reserva o alquiler; y publicidad realizada por cualquier medio de comunicación*»<sup>26</sup>.

Por su parte, la Comunidad de Aragón, lo define casi en los mismos términos: «*las agencias de viajes; centrales de reserva; otras empresas de mediación y organización de servicios turísticos, incluidos los canales de intermediación virtuales; así como la inserción de publicidad en los espacios de los medios de comunicación social relacionados con los viajes y estancias en lugares distintos a los del entorno habitual de los turistas*»<sup>27</sup>.

La Junta de Andalucía, por el contrario, lo define de una forma más laxa incluyendo dentro de este concepto únicamente a «*(...) las agencias de viaje, las empresas que medien u organicen servicios turísticos y los canales en los que se incluya la posibilidad de reserva del alojamiento*»<sup>28</sup>.

Finalmente, haremos referencia a lo expuesto en la normativa de la Comunidad de Madrid<sup>29</sup>, que, al contrario de las anteriores normativas, no establece una definición para lo que debe entenderse por «canal de oferta turística», generándose con ello una cierta confusión e incertidumbre. Atendiendo a este requisito, podríamos plantearnos la siguiente cuestión: ¿Qué normativa se aplicará en el supuesto en el que el propietario particular lo promociona a través del boca a boca, o a través del tradicional cartel de «se alquila»?

Es decir, ¿A qué régimen jurídico se someten estos alquileres vacacionales cuando no se promocionen a través de lo que se considere como un «canal de oferta turística»? La respuesta, bajo mi punto de vista, es que se someterán a lo dispuesto en la LAU, al tratarse de «arrendamientos vacacionales», aunque es importante resaltar dos cuestiones determinantes para esta respuesta. La primera, conocer si existe una regulación específica sobre este tipo de actividades turísticas (no todas las CCAA lo hacen), ya que son dichas instituciones las responsables de precisar tal concepto. Y la segunda, que entra en juego cuando la respuesta a la primera es afirmativa<sup>30</sup>, y que consiste en cerciorarnos de que nuestra promoción del alquiler no encaje en la definición que se haga en la correspondiente normativa de «canal de oferta turística», pues, como hemos analizado, dicha definición varía según las CCAA.

#### D) *Que se realice con finalidad lucrativa*

Este requisito no presenta dudas al respecto ya que si fuera gratuito sería un contrato de comodato.

*E) Que esté regulado por un régimen específico derivado de su normativa sectorial*

Este apartado hace referencia al hecho de que se desempeñe una actividad que esté regulada específicamente por la Comunidad Autónoma, en el mismo sentido apuntado anteriormente.

Bajo mi punto de vista, este es el parámetro más relevante de todos porque, además de que los otros requisitos suelen ser comunes a todos los contratos celebrados por temporada, será el que realmente determine si este tipo de arrendamiento por temporada se regula por la LAU o, en cambio, se excluye de la misma en favor de una normativa sectorial o autonómica.

Para que se puedan excluir del ámbito de aplicación de la LAU, es requisito «*sine qua nom*» que la Comunidad Autónoma haya legislado sobre el turismo y, de forma específica, regule administrativamente las actividades mencionadas, ya que no bastará con que únicamente regule el turismo de forma general, pues, como este mismo apartado indica, ha de estar regulado por un régimen específico. En este sentido, tan solo se puede entender que una Comunidad Autónoma cumple con dicho requisito cuando, en su normativa de turismo, contemple, de forma específica, una categoría especial para el arrendamiento de viviendas celebrado entre particulares, al margen de que esté situado en edificios o complejos turísticos, y reuniendo asimismo los otros requisitos anteriormente comentados. En el supuesto contrario, entiendo que tales alquileres seguirían estando sometidos al régimen jurídico de los arrendamientos por temporada<sup>31</sup>.

Por otro lado, siguiendo la lógica que se desprende del tenor literal del precepto, el nuevo apartado e) del artículo 5 no aporta nada nuevo a lo ya establecido en la propia LAU, ya que, para que se excluyan estos alquileres de la norma, es imprescindible que las diferentes CCAA hayan regulado, específicamente, sobre dicho particular, hipótesis en la cual se presenta innecesaria dicha reforma, al entenderse ya excluidos dichos arrendamientos, en base a las competencias transferidas a las CCAA. En este caso, al tratarse de acciones concretas recogidas por normas especiales, quedarían automáticamente excluidas del ámbito de aplicación de la LAU sin necesidad de precisarlo en la propia LAU, como es el caso de la multipropiedad y los arrendamientos complejos, que a pesar de ser supuestos de hecho objeto de ser regulados por dicha norma como arrendamientos por temporada, se excluyen por venir desarrollados y regulados en otras normas más específicas<sup>32</sup>. Consecuentemente, en caso de que la Comunidad Autónoma no lo regule escrupulosamente, entiendo que los propietarios de viviendas que arrienden sus viviendas de forma vacacional, seguirán sometiéndose al régimen jurídico de los arrendamientos por temporada previsto en el artículo 3.2 de la LAU, como así sucede en la gran mayoría de Comunidades Autónomas, que carecen de regímenes específicos para el arrendamiento de viviendas particulares a turistas en su normativa sectorial<sup>33</sup>.

### 3. ¿ARRENDAMIENTOS VACACIONALES O ALQUILERES TURÍSTICOS?

Bajo mi punto de vista, esta es la cuestión fundamental que hemos de resolver. Debemos tener claro cuándo un contrato de alquiler de vivienda entre particulares para un uso temporal de vacaciones debe someterse a lo dispuesto en la LAU, con la enorme libertad contractual que ello supone para las partes, o por el contrario, cuándo ese mismo contrato deberá entenderse excluido de esa normativa, para remitirse lo establecido en la normativa autonómica, quedando la libertad contractual de las partes drásticamente limitada al riguroso control y potestad sancionadora que de ella se deriva<sup>34</sup>.

La respuesta a este aspecto la encontramos en las diferentes normativas autonómicas en materia de turismo que, de forma específica, hayan regulado la actividad turística otorgando un régimen particular a este tipo de alquileres. Así, el criterio que establece cuándo estaremos ante un contrato de «*arrendamiento vacacional*» y cuándo ante un «*alquiler turístico*», es el de la «*habitualidad*», en referencia al número de veces que desarrollen tal actividad, un concepto que cada normativa autonómica va a delimitar de forma diferente. Consecuentemente, dependiendo de la normativa autonómica a la que acudamos, la línea que delimitará si un arrendamiento deberá calificarse como «*vacacional*» o, por el contrario, como «*turístico*», variará en función de lo que cada autonomía haya establecido como «*habitualidad*».

Sobre este criterio, vamos a ver que en materia de alquileres turísticos se determina desde dos direcciones o perspectivas diferentes.

Así, se establece un primer plazo-momento, desde el cual se entiende que comienza la «*habitualidad*» de la actividad turística, factor que fija la exclusión del contrato de alquiler del ámbito de aplicación de la LAU en favor de la normativa autonómica. Y en segundo lugar, se establece otro plazo para establecer en qué momento esa «*habitualidad*» sobrepasará los límites de lo que hemos de considerar turística, factor que, en este caso, en el sentido inverso del anterior, determinará cuándo un contrato de alquiler dejará de someterse al ámbito de aplicación de la específica normativa autonómica, sometiéndose al régimen jurídico establecido para los arrendamientos por temporada de la LAU. Recapitulando, el concepto de «*habitualidad*» establecido en la normativa específica de cada Comunidad Autónoma es el factor clave que determina cuándo un contrato de alquiler de vivienda entre particulares se califica como de «*uso vacacional*» y cuándo de «*uso turístico*», con las importantísimas y diferentes consecuencias jurídicas que de ello se deriva. En este sentido, vamos a ver, a título de ejemplo, cómo se han determinado estos límites, de formas muy distintas, tanto en Andalucía y como en las Canarias.

La normativa de la Junta de Andalucía, a mi juicio, de forma sorprendente, asocia la «*habitualidad*» al mero hecho de promocionar una vivienda a través de los «*canales de promoción turística*». Así, consideran «*viviendas turísticas*»

aquellas que se ceden de forma «habitual» y con fines turísticos a cambio de un precio, considerando la «habitualidad» inherente a la oferta en canales turísticos<sup>35</sup>. Es decir, en Andalucía se entiende que una vivienda se cede forma habitual por el mero hecho de ofertarla en lo que la propia norma define como canal turístico. En este sentido, se establece el límite inferior o comienzo de la habitualidad desde el mismo momento en que se comercializa a través de un canal turístico<sup>36</sup>.

Por otro lado, en cuanto al límite superior de la «habitualidad», queda fijado en el artículo 1. 2, b) en dos meses, al excluirse del ámbito de aplicación a «*Las viviendas contratadas por tiempo superior a dos meses computados de forma continuada por una misma persona usuaria*». De esta forma, todo alquiler de este tipo que se celebre por una duración ininterrumpida de un mínimo de dos meses, se entiende regulado por el régimen jurídico previsto en la LAU para los arrendamientos por temporada, al ser calificado como un «*alquiler vacacional*».

En el caso de la normativa canaria, se entiende que la cesión de una vivienda se producirá «*de forma habitual*» cuando se realice «*(...) dos o más veces dentro del periodo de un año o una vez al año, pero en repetidas ocasiones*»<sup>37</sup>. Al contrario de lo regulado en Andalucía, en Canarias se presume la «habitualidad» la segunda vez que se alquile la vivienda, lo cual deja un pequeño margen a los propietarios particulares que deseen alquilar sus viviendas, sometiéndose el primer contrato de alquiler del año al régimen jurídico dispuesto para los arrendamientos por temporada de la LAU.

Por lo que respecta al límite máximo del concepto de «habitualidad», al contrario que en Andalucía, la normativa canaria no marca expresamente un límite máximo a la cesión de una vivienda de «*uso turístico*», sino que la extraemos del artículo 2. d), íntimamente ligado al concepto de habitualidad, que fija que la «*cesión temporal*» de una vivienda mediante la figura del «*alquiler de una vivienda vacacional*» no podrá implicar el cambio de residencia por parte de la persona usuaria, que desde la perspectiva tributaria, y de forma general<sup>38</sup>, se establece en 6 meses.

#### IV. CONCLUSIONES

I. A meros efectos didácticos por una mayor facilidad en su identificación, en base a la normativa aplicable, propongo que cuando una cesión de vivienda entre particulares por periodos temporales se someta a la Ley de Arrendamientos Urbanos, se califiquen como *arrendamientos vacacionales*, y cuando estemos ante los supuestos de exclusión, por darse todos los elementos expuestos anteriormente, se califiquen entonces como *alquileres turísticos*.

II. El apartado e), introducido en el artículo 5 de la LAU a través de la Ley de 4 de junio, que excluye los alquileres turísticos, no supone ninguna

novedad ya que viene a reforzar una exclusión ya determinada en el reparto de competencias previsto en nuestra Carta Magna.

III. El apartado e) del artículo 5 de la LAU no convierte a los arrendamientos vacacionales en ilegales, sino en un tipo supletorio, de forma que tan solo este podrá darse cuando no exista una normativa autonómica específica que regule los alquileres turísticos o porque en ella misma así se disponga, sometiéndose en estos casos a lo dispuesto en el artículo 3.2 de la LAU relativo a los alquileres vacacionales, como una clase de arrendamiento temporal.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁCAR (1994). Artículo 3. Arrendamientos para uso distinto del de vivienda. En: Valpuesta Fernández, M.º R (coord.), *Comentarios a La Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 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 del Derecho Inmobiliario*, núm. 754.
- CAMPUZANO TOMÉ, H., El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 749.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, J. (1956). *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*. T. I. Parte General. Madrid: Reus.
- COLINA GAREA, R. (1998). *El Arrendamiento De Vivienda Por Temporada Académica*. Barcelona: Cedecs. (157), VLEX [En línea] disponible en <http://0-app.vlex.com.fama.us.es/#/vid/199178> (2004).
- DÁVILA GONZÁLEZ, D. (1994). Artículo 3.º. En: V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *LAU La Nueva Ley De Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova.
- DE DIEGO, C., *Instituciones de Derecho civil español*. Tomo II, 2. Madrid, 1930.
- EXCELTUR (2015). *Alojamiento turístico en viviendas de alquiler: impactos y retos asociados*. Recuperado de <http://www.exceltur.org/wp-content/uploads/2015/01/Informe-Perspectivas-N51-Balance-2014-y-perspectivas-2015-Definitivo-Web.pdf>
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1995). Artículos 1 a 8. En: Xavier O'Callaghan (dir.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*. Madrid: Edersa.
- FUENTES LOJO (1994). Artículo 3. Arrendamientos para uso distinto del de vivienda. En: Valpuesta Fernández, M.º R. (coord.), *Comentarios a La Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- O'CALLAGHAN, X. (1995). Introducción. En: O'Callaghan, X. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Edersa 1995 (20).
- ORDÁS ALONSO, M. y VALLADARES RASCÓN, E. (2013). Artículo 3, Arrendamiento para uso distinto del de vivienda. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Navarra: Aranzadi.
- PÉREZ SERRANO, N., *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*. Madrid, Imprenta del asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, 1930.

- ROMÁN MÁRQUEZ, A., Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la ley de arrendamientos urbanos. *Revista Internacional de Jurisprudencia*, 2014, núm. 6.
- ROJO AJURIA, L. (1995). *Comentario a la Ley De Arrendamientos Urbanos*. Pantaleón Prieto, F. (dir.). Madrid: Civitas, S.A.
- VATIER FUENZALIDA, C. (1996). Artículo 3.º. Arrendamientos para usos distintos del de vivienda. En: Lasarte Álvarez, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Tecnos.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.º R. (1994). Artículo 3. Arrendamientos para uso distinto del de vivienda. En: Valpuesta Fernández, M.º R (coord.), *Comentarios a La Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos* (46). Valencia: Tirant lo Blanch.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2009). El arrendamiento de temporada frente a las estancias turísticas en viviendas. *Revista Consultor inmobiliario* núm. 107, 2009.
- YUFERA SALES, P. L. (2000). *Arrendamientos Urbanos. Análisis práctico de la normativa arrendaticia aplicable, sistematizada por conceptos* Barcelona: Bosch.

## NOTAS

<sup>1</sup> En el ordenamiento jurídico español, según lo dispuesto por el artículo 1261 del Código Civil, todo contrato requiere para su existencia de consentimiento, objeto y causa. En el caso de los arrendamientos urbanos, como dispone el artículo 1 de la LAU, el *objeto cierto* del contrato está formado por la finca/edificación urbana que se arrienda, *la causa* será el uso al que se destina el arrendamiento (satisfacer una necesidad permanente de vivienda o a un uso distinto), y el consentimiento, sobre el que no profundizaremos, ya que se manifiesta por el mero concurso de la oferta y la aceptación sobre la finca urbana y sobre el uso al que se vaya a destinar.

<sup>2</sup> *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.*

<sup>3</sup> *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.*

<sup>4</sup> En el mismo sentido, GUILARTE ZAPATERO, V. (1995). Artículos 1 a 8. En: Xavier O'Callaghan (dir.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*. Madrid: Edersa (68). «Así, respecto de los arrendamientos celebrados por temporada (...) aun celebrados para vivienda, por su propia esencia resultan incompatibles con aquel (los arrendamientos de vivienda), al no reunir los requisitos del destino primordial y de servir a la necesidad permanente de aquella (...)» Además, dentro de los requisitos que cita el autor que no reúnen, no indica que la edificación no es habitable.

<sup>5</sup> SSTs de 28 de enero de 1960 (RJ 1960, 445), 30 de junio de 1976 (1976, 3199), STS de 15 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9352), FJ. 3.º.

<sup>6</sup> Los contratos se podrán celebrar tanto por un verano como por dos, como por fines de semanas o semanas enteras, o días sueltos, etc. La duración del arrendamiento es irrelevante a la hora de determinar los contratos por temporada.

<sup>7</sup> En el mismo sentido ROJO AJURIA, L. (1995). *Comentario a la Ley De Arrendamientos Urbanos*. PANTALEÓN PRIETO, F. (dir.). Madrid: Civitas, S.A. (76).

<sup>8</sup> ORDÁS ALONSO, M. y VALLADARES RASCÓN, E. (2013). Artículo 3, Arrendamiento para uso distinto del de vivienda. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Navarra: Aranzadi (115) «en nuestra opinión, si el



plazo es inferior a un año es lógico presumir que se trata de un arrendamiento de temporada». DÁVILA GONZÁLEZ, D. (1994). Art. 3.º. En: V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *LAU La Nueva Ley De Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova (31) «(...) son aquellos que no se destinan a la ocupación por todo el año, sino que se emplean por periodos determinados (...)».

<sup>9</sup> En el mismo sentido, VATIER FUENZALIDA, C. (1996). Artículo 3.º. Arrendamientos para usos distintos del de vivienda. En: Lasarte Álvarez, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Tecnos. (75). En sentido análogo, COLINA GAREA, expresa la misma idea pero sobre los arrendamientos de temporada académica, COLINA GAREA, R. (1998). *El Arrendamiento De Vivienda Por Temporada Académica*. Barcelona: Cedecs. (157), VLEX [En línea] disponible en <http://0-app.vlex.com.fama.us.es/#/vid/199178> (2004).

leyendo a GUILARTE ZAPATERO, podríamos deducir que se sitúa en esta misma línea pues cita que: «la edificación habitable (...) ha de reunir las indispensables condiciones objetivas para que en ella sea posible desenvolver las actividades domésticas de quienes moran en ella. Esta idea, en relación con la declaración en la que considera que «(...) el texto legal, al determinar el objeto de estos arrendamientos, habla simplemente de edificación y de edificación habitable (...) tal circunstancia no es decisiva ni suficiente para matizar la diferencia entre una y otra clase de arrendamientos, pues (...) es posible que sobre una edificación, idónea (...) para satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, se constituya un arrendamiento de otro tipo. Piénsese, por ejemplo, en el piso de un edificio arrendado (...) para servir de hogar de este, pero no de forma primordial y continuada, como serían los casos de la segunda residencia o del arrendamiento por temporada», hace que, de la lectura conjunta de ambas declaraciones, dilucido que este autor considera que los arrendamientos por temporada deben tener como objeto del contrato una edificación habitable, ver GUILARTE ZAPATERO, V. (1995). Artículos 1 a 8. En: Xavier O'Callaghan (dir.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*. Madrid: Edersa (63 y 67).

<sup>10</sup> En el mismo sentido, dice O'CALLAGHAN «(...) los arrendamientos de vivienda son aquellos dedicados a satisfacer la necesidad de vivienda primaria y permanente del arrendatario, su cónyuge o sus hijos dependientes (...)». O'CALLAGHAN, X. (1995). Introducción. En: O'Callaghan, X. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Edersa 1995 (20). En los mismos términos, ROJO AJURIA, L. (1995). *Comentario a la Ley De Arrendamientos Urbanos*. PANTALEÓN PRIETO, F. (dir.). Madrid: Civitas, S.A. (68).

<sup>11</sup> El requisito de habitabilidad, si se exigía en la LAU de 1964 pero fue eliminado con carácter general a través de las enmiendas 254 y 255 del grupo socialista durante la tramitación del Proyecto de Ley, exigiéndose únicamente para los arrendamientos de vivienda, modificando así el artículo 3 del Proyecto de 1992, que disponía en su 1.º apartado: «Se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda el de fincas urbanas que recaiga sobre unas edificaciones habitables cuyo destino primordial sea distinto del establecido en el artículo anterior».

<sup>12</sup> Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.ª). Sentencia núm. 574/2009 de 19 de octubre. *JUR* 2010, 20360.

<sup>13</sup> En este sentido, ALBACAR entiende «son aquellos contratos unitarios, en los que además de prestaciones típicas del contrato de arrendamiento, acuerdan las partes otras principales que han de cohonestarse con aquellas, produciendo una mutación importante de su contenido o régimen». FUENTES LOJO opina que « los contratos de arrendamiento en los que las partes en uso de la autonomía de su voluntad disponían un contenido más complejo que el previsto en el Texto Refundido (LAU 64), sin que con lo mismo se desvirtuara la tipicidad del contrato; ello a pesar de una jurisprudencia nada clara en este sentido. Estos contratos deberían someterse al régimen de la legislación especial. (STC de 24 de octubre de 1963, 10 de octubre de 1988)» VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.º R. (1994). Artículo 3. Arrendamientos para uso distinto del de vivienda. En: Valpuesta Fernández, M.º R. (coord.), *Comentarios a La Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos* (46). Valencia: Tirant lo Blanch.

VATIER FUNZALIDA, a su vez, concibe los contratos de arrendamiento complejos como «*aquellos contratos unitarios en los que se unen al arrendamiento prestaciones especiales de carácter principal, en términos tales que su resultado es un contrato nuevo y distinto*». En comparación a estos contratos, escribe este autor que los arrendamientos mixtos, entendidos como aquellos a los que se añaden o yuxtaponen prestaciones accesorias, carecen de la entidad suficiente como para apartar el contrato de arrendamiento típico (por ej. los arrendamientos con opción a compra). Concluye indicando que «La doctrina anterior entendía a los complejos excluidos y a los mixtos incluidos en el TR 64». VATIER FUENZALIDA, C. (1996). Artículo 3.º. Arrendamientos para usos distintos del de vivienda. En: Lasarte Álvarez, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Tecnos (60). Asimismo, DE DIEGO, lo califica como «*contrato consensual por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra alojamiento y suministrarle alimentación mediante un precio*». DE DIEGO, C.: *Instituciones de Derecho civil español*. Tomo II, 2. Madrid, 1930, 245 y 246. A su vez, YUFERA concibe los contratos de arrendamientos complejos como «*aquellos en que las partes pactan como cuestiones esenciales del contrato una serie de prestaciones ajenas a la relación arrendaticia y que son consustanciales al contrato, es decir, que no son ni accesorias, ni complementarias, ni eventuales*». YUFERA SALES, P.L. (2000). *Arrendamientos Urbanos. Análisis práctico de la normativa arrendaticia aplicable, sistematizada por conceptos* (67 y 68) Barcelona: Bosch. Para PÉREZ SERRANO, «*la nota esencial y perdurable del contrato fue y sigue siendo el complexus jurídico formado por la cesión de habitaciones y de los servicios complementarios a la vivienda. Cuando él se da, tenemos contrato de hospedaje; cuando falta, no existe dicho contrato. El suministro de alimentos no influye de un modo decisivo en la existencia de aquel, aunque tenga notable importancia para la debida solución de algunos de sus aspectos*». PÉREZ SERRANO, N.: *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*. Madrid, Imprenta del asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, 1930, 86.

<sup>14</sup> STS de 18 de abril de 1989 (RJ 1989, 3067).

<sup>15</sup> STS de 21 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1239), STS de 24 de enero de 2000 (RJ 2000, 115).

<sup>16</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J. y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, J. (1956). *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*. T. I. Parte General. (135 a 142) Madrid: Reus.

<sup>17</sup> Sentencia nuestro Alto Tribunal que es doctrina jurisprudencial superada el hecho de que, cuando un arrendamiento disponga de una serie de prestaciones accesorias, no se registrará por la LAU al ser considerado como un arrendamiento complejo. Primer considerando de la STS de 16 de junio de 1982 (RJ 1982, 5828).

<sup>18</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J. y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, J. (1956). *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*. T. I. Parte General. (135 a 142) Madrid: Reus.

<sup>19</sup> La propia normativa que regula estos contratos prohíbe el empleo de la denominación «*multipropiedad*» dado que la utilización del término puede inducir a error ya que lo que se adquiere realmente es un derecho de uso y no de propiedad sobre el alojamiento que va a ocupar temporalmente, como así viene indicado en el artículo 23. 4 de la propia norma 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio de normas tributarias, que dispone que «*El derecho real de aprovechamiento por turno no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad*».

<sup>20</sup> Concretamente, en los puntos II y III del Preámbulo se indica que estos contratos son una variante del arrendamiento por temporada y, específicamente, se indica en el artículo 23.6 que estos contratos quedarán sujetos a lo dispuesto en este Título II (de la propia Ley) sin perjuicio de lo prevenido en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y en la legislación general de protección del consumidor.

<sup>21</sup> Enmienda número 151 de Coalición Canaria. BOCG, número 80-10, 94.

<sup>22</sup> Debe precisarse que la exclusión que aporta el apartado e), más que una supresión *ex novo*, se puede afirmar que se trata de un apartado que viene para incidir en un hecho que ya

estaba dado antes de su existencia, como es la competencia que la Constitución otorga de las Comunidades Autónomas en materia de turismo y, por ende, en la regulación de la actividad de este tipo de actividades. No obstante, y debido principalmente a la incertidumbre legal que ha generado la proliferación de este tipo de actividades, el legislador optó por reafirmar expresamente tal circunstancia.

<sup>23</sup> EXCELTUR (2015): *Alojamiento turístico en viviendas de alquiler: impactos y retos asociados*. Recuperado de <http://www.exceltur.org/wp-content/uploads/2015/01/Informe-Perspectivas-N51-Balance-2014-y-perspectivas-2015-Definitivo-Web.pdf>

<sup>24</sup> CAMPUZANO TOMÉ, H., El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 749, 1203.

<sup>25</sup> Sobre este y otros aspectos, consultar 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 del Derecho Inmobiliario*. núm. 754, 999 a 1037.

<sup>26</sup> Artículo 2, b), del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

<sup>27</sup> Artículo 2, b), del Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón

<sup>28</sup> Artículo 3.3, del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos.

<sup>29</sup> Artículo 2.2, del Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid.

<sup>30</sup> En caso de que no lo regulen, directamente el apartado e) del artículo 5 no tendrá ninguna eficacia.

<sup>31</sup> En el mismo sentido, ROMÁN MÁRQUEZ, A. Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos. *Revista Internacional de Jurisprudencia*, 2014, núm. 6. 12.

<sup>32</sup> En el mismo sentido, CAMPUZANO TOMÉ, H., El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 749, 1207.

<sup>33</sup> En el mismo sentido, ROMÁN MÁRQUEZ, A., Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos. *Revista Internacional de Jurisprudencia*, 2014, núm. 6. 12.

<sup>34</sup> En el mismo sentido, apunta VERDERA IZQUIERDO que la cuestión a dilucidar es cuándo un concreto arriendo temporal se debe calificar como arrendamiento de temporada, estancia turística en vivienda o aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. En VERDERA IZQUIERDO, B. (2009). El arrendamiento de temporada frente a las estancias turísticas en viviendas. *Revista Consultor inmobiliario* núm. 107, 2009, 4.

<sup>35</sup> Artículo 3.2. del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos.

<sup>36</sup> Considero que esta medida restringe flagrantemente la libertad contractual de las partes y restringe la libertad de disposición de bienes de los ciudadanos imponiéndose institucionalmente una serie de medidas y condiciones a su simple uso. En el mismo sentido, señala CAMPUZANO TOMÉ que «*Algunos legisladores autonómicos no dudan en erigirse con autoridad y potestad suficiente para atribuirse competencias que no le corresponden, controlando y sancionando como turísticos arrendamientos que claramente gozan de una naturaleza civil y que, por tanto, deben quedar sometidos al régimen jurídico de la legislación de arrendamientos urbanos*». CAMPUZANO TOMÉ, H., El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 749. 1212.

<sup>37</sup> Artículo 2 c) del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

<sup>38</sup> Artículo 9.1 a), de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

*(Trabajo recibido el 8-9-2017 y aceptado  
para su publicación el 8-11-2017)*



# DERECHO COMPARADO



Consideraciones a propósito del  
interdicto de recobrar por despojo  
judicial. El caso en que el predio  
lanzado pertenece a otra persona

*Considerations on the subject of court  
interdict to recover dispossession.  
The case in which the property  
belongs to someone else launched*

por

JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE\*

*Abogado*

*RESUMEN:* En la presente entrega, el autor aborda un tema relacionado a la efectivización de la restitución judicial del derecho de posesión, a través del

---

\* Abogado por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, y Maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal, por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima). Docente afiliado a la WorldWide Legal Consulting de la California Silicon Valley School of the Law, SFO (USA). Articulista e investigador del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica Latin-Iuris (México). Columnista de la Asociación Civil El-terno.com (Lima). Miembro del Comité Científico Internacional del Instituto Jurídico Internacional de Torino (Italia). Miembro extranjero de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (Argentina). Miembro, par académico evaluador, corresponsal e investigador externo adscrito al Instituto Vasco de Derecho Procesal (País Vasco). Par académico evaluador de la Revista Misión Jurídica, de la Universidad Colegio Mayor de



interdicto de recobrar, con la particularidad, que es interpuesto, en razón a que el predio lanzado es correspondiente a otra persona.

*ABSTRACT: In this installment, the author addresses a topic related to the effectuation of judicial restoration of the law of possession, through the injunction to recover, with the particularity that is brought, for the reason that the site launched is related to another person.*

**PALABRAS CLAVES:** Interdicto. Interdicto de recobrar. Lanzamiento. Despojo judicial.

*KEY WORDS: Injunction. Injunction to recover. Launch. Judicial Disposition.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. ACERCA DE LOS ORÍGENES DE LOS INTERDICTOS.—III. EN LO TOCANTE AL INTERDICTO DE RECOBRAR.—IV. REFERENTE AL DERECHO A LA POSESIÓN.—V. SOBRE EL LANZAMIENTO JUDICIAL.—VI. ACERCA DEL DEBIDO PROCESO.—VII. EN LO CORRESPONDIENTE A LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.—VIII. EN ATINENCIA AL PRINCIPIO PROCESAL DE CONGRUENCIA.—IX. A PROPÓSITO DEL PRINCIPIO DE VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA.—X. SÍNTESIS DE LA RESOLUCIÓN CASATORIA *SUB EXÁMINE*.—XI. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN *IN COMENTO*.—XII. A MANERA DE COLOFÓN.—XIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## I. INTRODUCCIÓN

Como primer punto, consideramos abordar la importancia y trascendencia que abraza a la casación civil, en tanto se yergue como el medio impugnato-

---

Cundinamarca (Colombia). Investigador Externo de la Universidad Global (Honduras). Autor de libros: Consideraciones aproximativas de Derecho Procesal Constitucional y Lecciones de Derecho Constitucional, publicados en impreso en: Perú, Colombia, Chile y Paraguay. Ex Coordinador General, coautor, traductor, prologador y presentador de los libros impresos colectivos internacionales: i) El Libro de Oro por la Paz, ii) La Justicia Restaurativa en América Latina, iii) El Control Convencional. Análisis desde una óptica global, iv) Derechos Fundamentales y el desafío ante las Nuevas Tecnologías, y v) Derechos Fundamentales y Garantías, Constitucionales. En homenaje al Dr. h.c. Robert Alexy. Autor de más de medio centenar de artículos y ensayos en materia jurídica y management, en publicaciones físicas y virtuales, en importantes medios de más de veinte países. Ponente nacional e internacional. kimblellmen@outlook.com.

rio de mayor renombre de nuestro ordenamiento jurídico nacional; pues, tiene el mérito de constituirse en el recurso en el que más se pone a prueba los conocimientos jurídicos, tanto del juzgador, como del abogado patrocinante del recurrente. Entonces, se tiene que la casación debiera ser únicamente de naturaleza extraordinaria, en la medida que, no es cualquier juez el llamado a conocerla y resolverla, si no, solo los magistrados supremos y también, porque solo un abogado bien entrenado en las sutilezas y características especiales de este recurso, estaría en condiciones apropiadas para presentarla y sustentarla<sup>1</sup>.

Por otro lado, no menos importante merece el tema del análisis y crítica a las resoluciones jurisdiccionales, como la que importa la naturaleza de la presente entrega. En razón, a que ello significa que existen efectivamente escenarios de reflexión y retroalimentación, así también, que el derecho esquivo o aleja los temidos periodos estancos y en su caso, de retroceso.

Y es que, tal y como lo señala el artículo 139, inc. 20 de la Constitución de 1993, repitiendo así el aserto consagrado en la anterior Carta de 1979, en el sentido que toda persona tiene derecho de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales (con las limitaciones de ley), lo que debe entenderse no limitado al Poder Judicial, sino también el Tribunal constitucional<sup>2</sup>.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano (Exp. núm. 04-2006-AI/TC, f.j.18) ha señalado que el derecho a la crítica de las resoluciones judiciales es el derecho de toda persona de examinar y emitir juicios públicamente respecto de las decisiones que adoptan los jueces en todas las especialidades. Así también, que entre los límites al derecho a la crítica de las resoluciones judiciales, destaca, entre otros, que esta no deba servir para orientar o inducir a una determinada actuación del juez, pues, este solo se encuentra vinculado por la Constitución y la ley que sea conforme a esta<sup>3</sup>.

Precisamente, el presente trabajo se enfoca en dicho derrotero, esto es, desarrollar lo concerniente a los alcances de la resolución expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la república (Cas. núm. 986-2012 Ayacucho), la misma que versa sobre el interdicto de recobrar por despojo judicial, en el supuesto en que el predio lanzado pertenece a otra persona.

## II. ACERCA DE LOS ORÍGENES DE LOS INTERDICTOS

Entre los interdictos que conoció el derecho romano, se encuentran los de *vi* y los de *vi armata*, los que eran recuperatorios y se dirigían a proteger al poseedor que había sido víctima de despojo violento, ordenando que se le restituyera la posesión. El primero suponía un despojo violento, pero, sin hacer uso de armas, y se exigía que el poseedor demandante poseyera con anterioridad al despojo *nec vi nec clam nec precario*. El interdicto de *vi armata*, suponía

según BIONDI una violencia grave o *vis astros*, llevada a cabo con el uso de armas y se concedía sin límite alguno de tiempo, a cualquier tipo de poseedor, aunque este poseyera *aut vi aut clam*<sup>4</sup>.

Por su parte, en el derecho de Inglaterra o anglosajón, es de verse que los interdictos o *injunctio*s, fueron creados por la equidad, y son órdenes de los tribunales que ordenan que se haga algo (interdicto ordenador), o que prohíbe algo (interdicto prohibitivo). Como alternativa para reclamar una indemnización por daños, el demandante puede pedir un interdicto para evitar la comisión o la continuidad de un acto ilícito civil. Al ser remedios de la equidad, los interdictos únicamente eran concedidos por el Tribunal de la Cancillería. Eran discrecionales, ergo, el tribunal no estaba obligado a concederlos y normalmente no los concedía cuando una indemnización por daños servía de adecuada compensación<sup>5</sup>.

Luego, tenemos que el primer vocablo proviene del latín *interdictum* (entredicho) y que constituye un procedimiento en materia civil encaminado a obtener del juez una resolución rápida, que se dicta sin perjuicio de mejor de derecho, a efectos de evitar un peligro o de reconocer un derecho posesorio. Seguidamente, en lo que respecta al interdicto de recobrar o recuperar, es utilizado cuando el poseedor ha sido despojado de ella por un tercero<sup>6</sup>.

### III. EN LO TOCANTE AL INTERDICTO DE RECOBRAR

Respecto del interdicto de recobrar, tenemos que el artículo 603, del Código Procesal Civil peruano, preconiza: «*Procede cuando el poseedor es despojado de su posesión, siempre que no haya mediado proceso previo. Sin embargo, si se prueba que el despojo ocurrió en ejercicio del derecho contenido en el artículo 920 del Código Civil, la demanda será declarada improcedente*».

Por su parte, es de verse, que el artículo 921, del Código Civil peruano, establece: «*Todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él*».

Así también, el interdicto de recobrar es entendido como un juicio posesorio sumarísimo, que tiene por objeto reintegrar y reponer inmediatamente en la posesión o tenencia de un bien, al que gozaba de ella, de la cual otro le ha despojado violenta o clandestinamente, por su propia autoridad. Su fundamento reside en el principio de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, si no, recurriendo a las autoridades judiciales instituidas para administrarla a cada uno<sup>7</sup>.

Empero, además, el interdicto de recobrar viene a ser un remedio rápido y abreviadísimo para las situaciones de hecho, resultando ajenas a sus estrechos límites la discusión y resolución de los derechos u obligaciones basados en relaciones contractuales —v.gr.: un boleto de compraventa— siendo su objeto,

proteger el hecho de la mera tenencia de las cosas o en su caso, la posesión actual, habiendo sido instituido para evitar que nadie zanje sus conflictos por propia mano<sup>8</sup>.

#### IV. REFERENTE AL DERECHO A LA POSESIÓN

Al respecto, es de verse que el artículo 896, del Código Civil peruano, juridiza que: «*La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad*».

En ese sentido, la posesión no sería más que la emanación que se tiene sobre una cosa. Empero, la posesión adquiere una relevancia jurídica propia, precisamente porque el ordenamiento jurídico contempla aquel señorío o poder de hecho sobre la cosa desvinculado del derecho. Así, se fija en la situación jurídica (por los defectos que le atribuye), en la que aparece una persona en una relación fáctica con la cosa. Ergo, la posesión sería la cara visible de una moneda, cuya otra cara estaría representada por el derecho que emana aquella posesión. Entonces, el ordenamiento jurídico, al contemplar la posesión, centra su atención en la cara visible, sin averiguar si efectivamente si la moneda tiene efectivamente la otra cara (el derecho), o se halla en blanco (se posee sin derecho alguno de donde provenga la posesión)<sup>9</sup>.

Entonces, se trata pues, del reconocimiento del derecho posesorio y como tal es derecho material, pero, con efectos procesales. Así, se tiene, que acreditado el derecho, la demanda que va contra el mismo, será declarada improcedente<sup>10</sup>.

#### V. SOBRE EL LANZAMIENTO JUDICIAL

Mediante el lanzamiento, el juez con apoyo de la autoridad policial, hace efectiva la desocupación de un determinado inmueble cuando, durante la tramitación de un proceso, se haya determinado que un sujeto que carece de un título válido que le permita ostentar la posesión de manera legítima, tiene el bien bajo su esfera de control, con directo menoscabo del propietario o poseedor legítimo. Dicho procedimiento es un acto típico de los procesos de desalojo, es así, que la doctrina señala que la sentencia de desalojo se ejecuta a través del lanzamiento, que es el acto mediante el cual, con intervención del oficial y el eventual auxilio de la fuerza pública, se hace efectiva la desocupación del inmueble por el inquilino y demás ocupantes. Sin embargo, el proceso de desalojo no es el único supuesto en el cual se emplea dicho procedimiento. Así por ejemplo, el Código Procesal Civil peruano, contempla dos situaciones adicionales donde se emplea el desalojo, tales como: i) en el proceso de reivindicación y ii) en el remate judicial (*vide* art. 739 del CPC)<sup>11</sup>.

Así también, tenemos que constituye una diligencia propia del periodo de ejecución de sentencia, en los juicios de desalojo o desahucio. Para proceder esta diligencia, es necesario que la sentencia dictada por el juez competente sea firme y que medie instancia de parte. El juez deberá, al ordenar el lanzamiento, proceder de acuerdo con la ley, esto es, otorgando los plazos que esta establece<sup>12</sup>.

## VI. ACERCA DEL DEBIDO PROCESO

El *debido proceso*, estatuido genéricamente como *garantía*, salió a la luz del mundo del derecho, en primer lugar: en el *common law* inglés, en la Carta Magna de Inglaterra de 15 de junio de 1215 (*Concesión Real* o cédula del rey Juan Sin Tierra inglés, por la cual se comprometió con los nobles ingleses, a respetar sus fueros e inmunidades y a no disponer su muerte, prisión y confiscación de sus bienes, mientras dichos nobles no fuesen juzgados por sus iguales); y en segundo lugar: aparece expresamente en la Quinta Enmienda de la Constitución Política de EE.UU. de 1787—*Carta de Derechos*— (la misma que prohíbe los juicios repetidos por el mismo delito y los delitos sin el debido proceso legal, así como también, el que una persona acusada no esté obligada a atestiguar contra sí misma).

Por otro lado, el *debido proceso* es un «*derecho continente*», pues, contiene, agrupa o engloba otros derechos, los cuales se encuentran contemplados en una Convención y Convenio Internacional de DD.HH., así tenemos respectivamente: fue regulado como: i) *garantía judicial* ha sido regulado por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica 7-22/11/1969), denominada también Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)<sup>13</sup>; y además, ii) el *debido proceso*, a través del *derecho a un proceso equitativo*, también fue contemplado por el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales revisado de conformidad con el Protocolo núm. 11, completado por los Protocolos núm. 1 y 6 (septiembre de 2003)<sup>14</sup>.

El *debido proceso*, además, es reconocido en el inc. 3 del artículo 139 de la Constitución Política peruana, que señala: «*son principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*».

Así tenemos que, ostentan la titularidad del derecho al *debido proceso* y la *tutela jurisdiccional* no solamente las *personas naturales*, también las *personas jurídicas de derecho privado* (Exp. núm. 0905-2001-AA/TC y núm. 4972-2006- PA/TC), así también, lo propio las *personas jurídicas de derecho público* (en efecto, el Tribunal Constitucional peruano —Exp. N.º1407-2007-PA/TC, 14/08/08)— ha sostenido que, estas últimas (es decir, las personas jurídicas

de derecho público) son poseedoras de dicha titularidad, incluso en la etapa prejurisdiccional a cargo del Ministerio Público.

Para DEVIS ECHANDÍA, citado por SAGÁSTEGUI URTEAGA<sup>15</sup>, el concepto del debido proceso puede estar integrado por las siguientes condiciones: i) dotar al juez para que procure hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, protegiendo al débil que siempre es el más pobre, ii) intermediación del juez sobre el material probatorio y sobre los sujetos del proceso, iii) aceleración del proceso, en cuanto sea posible dentro del sistema parcial de la escritura, iv) carácter dispositivo del proceso en cuanto a su iniciación y a la libertad para concluirlo por transacción o desistimiento, si las partes son incapaces mediante licencia previa, v) carácter inquisitivo en materia de pruebas, vi) valoración de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y mediante una adecuada motivación, vii) una combinación del impulso del juez de oficio y del secretario, una vez iniciado el proceso con la perención por incumplimiento de la carga de las partes de promover su trámite si aquello no cumplen oficiosamente, viii) responsabilidad civil de los jueces, partes y apoderados por sus acciones en el proceso, ix) amplias facultades al Juez para prevenir y sancionar el fraude procesal con el proceso y en el proceso y todo acto de deslealtad o mala fe de las partes, los apoderados y los terceros, x) simplificación de los procesos especiales innecesarios, xi) el principio de las dos instancias como regla general, y xii) gratuidad de la justicia civil.

Por nuestra parte, consideramos que el *debido proceso* es el derecho de los justiciables a un proceso judicial sin postergaciones, retrasos, alteraciones o deformaciones, durante el camino, devenir o desenvolvimiento lógico procesal del mismo; que desvirtúen su finalidad que es la justicia. Consecuentemente, queda claro que, *prima facie*, el derecho que tienen los justiciables a un derecho justamente, debido, el cual presente las suficientes motivaciones, fundamentos o argumentos jurídicos, que justifiquen lo acontecido en las diversas etapas de dicho proceso.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que el *debido proceso* detenta tres modalidades: i) «*jurisdiccional*», que garantiza un proceso debido a nivel judicial, arbitral, militar y comunal, ii) «*administrativo*», que garantiza lo propio en sede la administración pública, y iii) «*corporativo particular*», que garantiza también un debido proceso entre particulares.

Asimismo, el *debido proceso* posee dos dimensiones: i) «*adjetiva o formal*», como garante de un desenvolvimiento o desarrollo procesal debido, y ii) «*sustantiva o material*», como garante de una decisión judicial basada o enmarcada tanto en la razonabilidad y proporcionalidad, es decir, garantiza una sentencia justa.

Con respecto a los elementos del debido proceso, TICONA POSTIGO, citando a HOYOS, refiere que los mismos serían: i) La regulación legal de los procesos y su desarrollo sin dilaciones, ii) El derecho a ser oído, iii) Tribunal competente, predeterminado, independiente e imparcial, iv) Contradicción y

bilateralidad: oportunidad de tomar posición y pronunciarse sobre las pretensiones del actor y las manifestaciones de la parte contraria, v) El derecho de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la otra parte o por el juez, vi) La facultad de hacer uso de los medios impugnatorios previstas en la ley contra resoluciones judiciales motivadas, y vii) Respeto a la cosa juzgada<sup>16</sup>.

## VII. EN LO CORRESPONDIENTE A LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

En primer lugar, en lo relacionado a las decisiones basadas en la argumentación, amerita traer a colación, el surgimiento y contenido de la teoría de la argumentación.

Así, la existencia de un amplio campo para el intérprete y el aplicador del derecho, constituyó a este en protagonista de la historia, pero, ya no es sencillo sostener que su tarea se limita a identificar un supuesto de hecho y subsumirlo en una norma. Por el contrario, debe argumentar frente al caso, utilizando la norma como un instrumento más. Entre las principales características de esta tesis, podemos citar: i) El derecho es una ciencia de problemas y no meramente especulativa, ii) La tarea del juez es el ejercicio de la prudencia y no la especulación, iii) La prudencia se basa en el ejercicio argumentativo, iv) Argumentar es convencer a un auditorio imaginario, esto es, a quienes va destinada la decisión, y v) La argumentación se basa en la experiencia previa acumulada (tópicos), o en la capacidad del argumento para persuadir a un auditorio universal, utilizado como modelo<sup>17</sup>.

Entonces, resulta pertinente que el derecho a que las resoluciones judiciales sean razonadas, garantiza que la decisión adoptada no sea fruto de la arbitrariedad, del voluntarismo judicial o acaso consecuencia de un proceso deductivo irracional, absurdo o manifiestamente irrazonable. Ciertamente, no está dentro de su ámbito protegido el acierto o no que esta pudiera tener, o acaso, que no constituya una infracción de la ley<sup>18</sup>.

Además, uno de los contenidos del debido proceso, es el derecho a obtener de los órganos judiciales, una respuesta motivada, razonada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, en cualquier clase de procesos. La exigencia que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del Inc. 5), del artículo 139, de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (Exp. 1230-2002-HC/TC)<sup>19</sup>.

La motivación de las resoluciones judiciales, constituye el conjunto de razonamientos de hecho y derecho realizados por el juzgador, en los cuales apoya su decisión. Así por ejemplo, tal vez la causa por la que un juez declara fundada una demanda sobre daños y perjuicios, sea la compasión que le produce la precaria o lastimosa situación del demandante, mas ello no sirve como justificación jurídica. En este caso, solo se tratará de una motivación judicial en apariencia<sup>20</sup>.

## VIII. EN ATINENCIA AL PRINCIPIO PROCESAL DE CONGRUENCIA

En primer término, tenemos que considerar que este principio se constituye en quizás en el de mayor relevancia, ya que se constituye en un verdadero reto (trascendentalmente geológico, digamos) para el juzgador al resolver (vía sentencia) conforme lo que las partes solicitaron (es decir, ni menos, ni más de lo pedido, peor aún distinto). De tal modo, los demás principios procesales civiles, no tendrían razón de ser en el supuesto que el juez no expida su fallo en abierta violación del principio de congruencia. Además de lo señalado, tenemos que agregar que las mismas estarán lógicamente expectantes a lo resuelto. Consecuentemente, el compromiso del juzgador con dicho principio abarca una esfera saludablemente más amplia y compleja (es decir, con el proceso y con las partes).

En el mismo sentido se expresa RIBÓ DURAND<sup>21</sup>, refiere: *«es la cualidad técnica más importante que debe tener toda sentencia, consiste en la vinculación entre la pretensión procesal y lo decidido en la sentencia. Por ello se dice que hay sentencia congruente con la demanda y con las demás pretensiones oportunamente deducidas en el litigio, cuando la sentencia hace las declaraciones que aquellas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate. La sentencia no ha de contener más de lo pedido por los litigantes; de lo contrario incurriría en incongruencia positiva. La incongruencia negativa surge cuando la sentencia omite decidir sobre alguna de las pretensiones procesales. Si la sentencia decida sobre algo distinto de lo pedido por los litigantes se produce la incongruencia mixta. La sentencia incongruente puede ser objeto de impugnación por la vía del recurso oportuno»*.

Así también lo señala MONROY GÁLVEZ<sup>22</sup>: *«el principio de congruencia judicial exige al juez que no omita, altere o exceda las pretensiones contenidas en el proceso que resuelva»*.

Seguidamente, es importante tomar en cuenta que la congruencia de dicho principio se encuentra relacionada no solo con el sentido, sino también con el alcance de las mismas. Así lo afirma MONROY CABRA<sup>23</sup>, citando a DEVIS ECHANDÍA, al señalar que *«se entiende por congruencia o consonancia el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales*



que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral y contencioso administrativo) o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicato o imputado, sea de oficio o por instancia del ministerio público o del denunciante o querellante (en el proceso penal), para el efecto que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas».

Líneas abajo, el primero de los autores citados<sup>24</sup>, acota: «en relación con las pretensiones, la incongruencia tiene tres aspectos: a) cuando se otorga más de lo pedido (plus petita o ultra petita); b) cuando se otorga algo distinto de lo pedido (extra petita); y c) cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita)».

Empero, por si fuese poco, la importancia del principio procesal de congruencia también radica en su naturaleza constitucional connatural al derecho de defensa. Conteste con lo reseñado, DEVIS ECHANDÍA<sup>25</sup>, sostiene que «tiene extraordinaria importancia este principio, pues se liga íntimamente con el derecho constitucional de defensa, ya que este exige que el ajusticiado en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o las imputaciones que contra él o frente a él se han formulado, por lo que la violación de la congruencia implica la de aquel derecho; la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y las alegaciones, se orientan lógicamente por las pretensiones, imputaciones, excepciones y defensas formuladas en el proceso. También se relaciona con la cosa juzgada, para determinar el verdadero sentido de esta».

De similar opinión (es decir, respecto de la relación congruencia y defensa) son CASTILLO QUISPE y SÁNCHEZ BRAVO<sup>26</sup>, quienes citando a ALDO BACRE, señalan respecto del principio de congruencia procesal: «El juez debe fallar de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, es decir que debe haber conformidad entre la sentencia y lo pedido por las partes (sea en demanda, reconvencción y contestación de ambas, inclusive), en cuanto a las personas, el objeto y la causa, porque el oficio no puede apartarse de los términos en que ha quedado planteada la litis en la relación procesal. Con la contestación a la demanda se integra la relación procesal produciendo dos efectos fundamentales: quedan determinados los sujetos de la relación (actor + demandado) y las cuestiones sometidas al cuestionamiento del juez. Por lo tanto, los términos en que se han planteado la pretensión y la oposición a la misma son los que han de determinar el contenido de la sentencia, conforme el principio de congruencia, sino se quiere afectar el derecho de defensa de las partes, decidiendo sobre cuestiones no traídas a la litis u omitiendo resolver sobre alguna de ellas».

Finalmente, MORALES GODO<sup>27</sup>, esboza un óptica adicional, acotando: «el principio de congruencia en consecencial al principio dispositivo. A través de

*dicho principio el Juez está en la obligación de resolver todas las pretensiones planteadas por las partes en el proceso, y solo ellas, ya que no podrá resolver pretensiones que no han sido invocadas, ni discutidas en el proceso».*

A propósito, es de verse que el principio procesal de congruencia, bajo análisis, se encuentra regulado en el segundo párrafo del artículo VII del Título Preliminar del Código adjetivo peruano citado, al indicar que el juez no puede ir más allá del petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que hayan sido alegados por las partes.

Sin embargo, es preciso dejar constancia que inexplicablemente, el presente principio ha merecido un limitado interés, respecto de otros que también inspiran el derecho adjetivo civil peruano, por parte de la doctrina (sobre todo si consideramos su gravitante importancia). En ese sentido, agregamos que mayor fortuna tuvo la primera parte del referido artículo, la misma que trata acerca del principio: juez y derecho (*iura novit curia*). Lo anecdótico es que en ambos casos, dichos principios no figuran textualmente en nuestro código procesal, sino solo implícitamente. En tal sentido, el tema del interés no obedece a la naturaleza no expresa de ambos en dicho Código.

## IX. A PROPÓSITO DEL PRINCIPIO DE VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA

El artículo 197, del Código Procesal Civil peruano juridiza: «*Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión*».

Pero, a propósito... ¿Que significa valorar la prueba? Al respecto, resulta pertinente señalar que, el juez no tiene la obligación de ocuparse de todas las pruebas, si no, de señalar cual se ellas le significa más que otras; por ello, lleva a cabo un orden de selección y calificación donde interactúan distintas contingencias que van a influenciar la posibilidad de análisis, pero, toda la prueba colectada en autos debe ser apreciada en su conjunto por el principio de unidad de la prueba, atento que en la generalidad de los casos se llega a la convicción por medio de una evaluación de la totalidad de los medios probatorios y de consideración aislada de ellos<sup>28</sup>.

Sin perjuicio de lo mencionado, la mencionada norma tiene que aplicarse e interpretarse en forma sistemática con el artículo 188, del mismo cuerpo de leyes, referido a la finalidad de los medios probatorios, es decir, a acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar su decisión. Igualmente con el artículo 200, que establece, que si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada, debiendo aplicarse el mismo criterio en

caso que exista reconvención. De otro lado, la valoración de la prueba que el Juez debe hacer en forma conjunta al momento de resolver la causa, no debe confundirse con la calificación que el juez también realiza sobre los medios probatorios en forma individual en etapas procesal distintas a la resolución de la causa, nos referimos a lo previsto en el artículo 190 del Código Procesal Civil peruano, que señala que los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustenta la pretensión, de lo contrario serán declarados improcedentes. Igualmente, en este artículo se mencionan otros supuestos de improcedencia de medios probatorios, como por ejemplo que tiendan a establecer hechos no controvertidos, imposibles o que sean notorios o de pública evidencia. Es obvio que el juez debe evaluar la pertinencia, idoneidad y utilidad de los medios probatorios, lo cual no debe llevar al error de considerar esta labor como de valoración de estos últimos<sup>29</sup>.

## X. SÍNTESIS DE LA RESOLUCIÓN CASATORIA SUB EXÁMINE

La misma versa acerca de la resolución expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la república (Cas. núm. 986-2012 Ayacucho).

Respecto de los hechos, podemos señalar que Rina Paola GUZMÁN PARIONA interpone demanda de Interdicto de Recobrar contra la empresa Negusa Corp. Sociedad Anónima, solicitando que se le restituya la posesión del inmueble ubicado en la Avenida Salvador Cavero número trescientos noventa y uno y trescientos noventa y cinco, Distrito El Nazareno, con ciento setenta y nueve metros cuadrados (179 m<sup>2</sup>) de área y, se ordene el pago de mil dólares americanos (US\$1,000.00) mensuales, por daños y perjuicios, a partir de la fecha de ministración de la posesión.

La misma argumenta, que en el proceso de Ejecución de Garantías seguido por la empresa demandada contra su señora madre Roberta PARIONA VIL-CATOMA, se remató y adjudicó el inmueble hipotecado ubicado en la tercera cuadra de la Avenida Salvador Cavero, sin embargo, el lanzamiento no se ejecutó en el predio hipotecado de propiedad de su madre, sino en el predio de propiedad de la recurrente, colindante con el de su madre, pero perfectamente diferenciable, ministrándose la posesión a favor de la empresa Negusa Corp. Sociedad Anónima, no obstante su presencia en la diligencia de lanzamiento y su oposición, negándose la Jueza a dejar constancia de que estaba procediendo la diligencia en predio ajeno.

A continuación, se tiene que por sentencia de primera instancia, el juez del Segundo Juzgado Civil de Ayacucho, declara fundada la demanda sobre Interdicto de Recobrar e, infundada en el extremo de Indemnización por Daños y Perjuicios, tras considerar que la diligencia de lanzamiento ordenada

en el proceso de Ejecución de Garantías número 1999-292, se realizó en el inmueble de propiedad y posesión de la demandante, el cual no fue objeto de garantía hipotecaria por parte de Roberta PARIONA VILCATOMA a favor de la empresa Negusa Corp. Sociedad Anónima; y si bien, dicho lanzamiento se efectuó a mérito de un mandato judicial, sin embargo, la ahora demandante no fue emplazada o citada en el referido proceso, por lo que dicha situación de hecho se subsume en el artículo 605 del Código Procesal Civil.

Además, que por sentencia de vista, la Sala Civil de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, confirma la sentencia de primera instancia, argumentando que en la fecha en que se inició el lanzamiento la demandante se encontraba en posesión del inmueble materia de lanzamiento, siendo despojada de su posesión sin un proceso judicial previo, vulnerándose su derecho al debido proceso.

Posteriormente, tenemos que producto de lo reseñado, se interponen dos recursos de casación, uno, por Sharon Frine GUZMÁN MIRANDA y el otro, por la empresa Negusa Corporación Sociedad Anónima, en contra la sentencia de vista expedida por la Sala Civil de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que confirma la sentencia apelada, que declara fundada la demanda interpuesta por Rina Paola GUZMÁN PARIONA contra Negusa Corporación Sociedad Anónima y Sharon Frine GUZMÁN MIRANDA, sobre Interdicto de Recobrar.

En primer término, tenemos que el Recurso de Casación interpuesto por Sharon Frine GUZMÁN MIRANDA, fue declarado procedente por la causal de infracción normativa procesal, sustentada en los siguientes fundamentos: i) La sentencia de vista carece de una debida motivación, pues tanto el *A quo* como el *Ad quem* no han tomado en cuenta que el presente proceso es uno sobre Interdicto de Recobrar, cuya finalidad es defender la posesión como un derecho, y sin tomar en cuenta ello, se ha emitido una sentencia que prescinde oficio la actuación de pruebas categóricas que acreditan fehacientemente que la demandante Rina Paola GUZMÁN PARIONA nunca poseyó el bien inmueble materia del proceso, lo cual se encuentra acreditado con las actas levantadas en la diligencia de lanzamiento recaídas en el Expediente número 1999-292; y más bien, fue su madre Roberta PARIONA VILCATOMA la posesionaria y titular del citado bien inmueble; ii) Ha obviado pronunciarse sobre situaciones que fueron puestas en conocimiento por la recurrente, como el hecho de que el Perito que realizó el dictamen pericial en el proceso fue el mismo que emitió un dictamen contradictorio a favor del Banco de Crédito del Perú al que la recurrente hipotecó el bien materia de *litis* y que no ha sido notificada como parte en el proceso; iii) En la Escritura Pública mediante la cual se constituye la garantía hipotecaria a favor de Negusa Corp. Sociedad Anónima no se consigna numeración alguna; ello porque en aquella fecha el bien sub materia no tenía numeración más que la consignada sin el permiso de la respectiva Municipalidad;

tal es así, que existen dos viviendas con la numeración que aparece consignada en dicha propiedad; y, iv) El bien inmueble de propiedad de la suscrita tiene dos fichas y en su contenido existen serias diferencias en la identificación de las propiedades que tenían los padres de la hoy demandante; incluso ocultan sus estados civiles y todo ello para confundir la correcta administración de justicia. Siendo ello así, se puede presumir que la Escritura Pública de Anticipo de Legítima es un documento simulado, con el que se pretende desconocer la compraventa del inmueble *sub litis* y, por lo tanto, la titularidad de la recurrente.

En segundo lugar, es de verse que la misma Sala Suprema declaró también procedente el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada Negusa Corporación Sociedad Anónima, por la causal de infracción normativa procesal, sustentada en los siguientes fundamentos: i) Se ha vulnerado el principio de congruencia, porque el Colegiado Superior, al haberse pronunciado en la sentencia de vista sobre el derecho de propiedad de la demandante, se desvió del marco del debate judicial de un proceso de Interdicto de Recobrar, donde no se discute el derecho de propiedad, sino la defensa del derecho de posesión. El *Ad quem*, tras haber declarado indebidamente como propietaria a la demandante, llega a determinar que se habría producido el despojo judicial de la misma, sin antes evaluar y determinar si la actora estaba en posesión del bien *sub litis*, que es la premisa fundamental de la cual debió partir y que es materia de debate judicial; ii) Se ha vulnerado el principio de valoración conjunta de la prueba, porque únicamente se ha tenido en cuenta el Acta de fecha ocho de agosto de dos mil cinco; no obstante que la diligencia de lanzamiento se realizó en dos etapas, habiéndose producido la primera el día veinticinco de junio de dos mil dos, donde se acredita fehacientemente que la posesionaria del inmueble objeto de lanzamiento era Roberta PARIONA VILCATOMA; sin embargo, este documento no fue valorado por el Colegiado Superior. Así también el *Ad quem* no ha valorado el escrito presentado por Roberta PARIONA VILCATOMA, en que hace notar su calidad de posesionaría. Tampoco se ha valorado en forma conjunta y completa la Escritura de Anticipo de Legítima y la Ficha Registral número 13526, pues el proceso de Ejecución de Garantías se inició en el mes de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, mientras que el anticipo de legítima fue otorgado con fecha nueve de marzo de dos mil uno; además fue otorgado únicamente por uno de los cónyuges, lo que demuestra que fue confeccionado como un acto jurídico simulado para inducir a error al juzgador; y, iii) Se ha vulnerado la garantía constitucional de la motivación de las sentencias judiciales, porque el *Ad quem* indebidamente al fundamentar el derecho de propiedad de la demandante, no ha fundamentado con suficiencia y razonabilidad los motivos que se deben evaluar para la decisión de un proceso de Interdicto de Recobrar por desalojo judicial, puesto que no han tomado en cuenta todas las pruebas relevantes como el Acta de fecha veinticinco de junio de dos mil dos donde se acredita que la posesionaria del inmueble fue Roberta PARIONA VILCATOMA.

Entonces, se colige que en el presente caso, se advierte que las instancias judiciales de mérito no han resuelto debidamente las alegaciones expuestas por las partes, ni han valorado debidamente los medios probatorios, a fin de determinar si efectivamente la demandante estuvo en posesión del inmueble *sub litis*, pues conforme se ha señalado procede el interdicto de recobrar cuando el poseedor es despojado de su posesión, y en el caso de autos esa situación no ha quedado claramente establecida; en consecuencia, los jueces al no haber efectuado una debida motivación en sus fallos, han vulnerado el derecho al debido proceso, pues no han dado una respuesta congruente a la pretensión que se demanda.

Ergo, estando a la irregularidad procesal incurrida corresponde declarar la nulidad de las sentencias recurridas y ordenar al *A quo* expida nueva resolución con mejor estudio de autos y conforme a las consideraciones que anteceden.

Así, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la república, declaró fundados los recursos de casación interpuestos por Sharon Frine GUZMÁN MIRANDA y la empresa Negusa Corporación Sociedad Anónima, casó la sentencia impugnada, en consecuencia: nula la sentencia de vista, expedida por la Sala Civil de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho; e insubsistente la sentencia, que declara fundada la demanda; y ordenó también, que el *A quo* emita nueva sentencia, teniendo en cuenta las referidas consideraciones.

## XI. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN *IN COMENTO*

En principio, corresponde proceder a la exégesis de la procedencia de la primera casación (interpuesta por la recurrente Sharon Frine GUZMÁN MIRANDA). Así, tenemos, que llama la atención que en ambas instancias judiciales se haya errado al pronunciarse acerca de la propiedad del bien materia del proceso, en lugar de haberse ocupado de la naturaleza posesoria que embarga la institución jurídica, propia del interdicto de recobrar.

Entonces, se colige que no solamente se ha vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales que tienen las justiciables mencionadas, si no, que también, se ha vulnerado el principio de congruencia procesal.

Además, resulta incorrecto, por decir lo menos, que en la vía judicial no se haya advertido el conflicto de intereses en que incurrió el perito que realizó el dictamen pericial en el proceso, en razón, a que fue el mismo que emitió un dictamen contradictorio a favor del Banco de Crédito del Perú al que la recurrente hipotecó el bien materia de *litis* y que no ha sido notificada como parte en el proceso.

Seguidamente, concierne interpretar los extremos de la declaración de procedencia de la segunda casación (interpuesta por la empresa demandada Negusa Corporación Sociedad Anónima). Así, consideramos muy preocupante, la

vulneración al principio de valoración conjunta de la prueba, ello en razón a que, se colige que no se tomó debidamente en cuenta el acta, por la cual se acredita indubitadamente que la posesionaria del bien *sub litis*, era Roberta PARIONA VILCATOMA. Además, lo propio respecto del escrito presentado por esta última, donde evidencia su calidad de posesionaria.

Huelga agregar, que somos contestes con lo decidido por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la república, en tanto, consideramos que se pronunció de manera acertada como justa, al declarar fundados ambos recursos de casación interpuestos bajo la misma causal, esto es, por la infracción normativa procesal.

Y es que, es nuestro parecer la decisión del referido Colegiado Supremo, en resumidos términos, no solo advierte, la vulneración de derechos y principios procesales de las partes, además de disponer que el juez de primera instancia emita una nueva sentencia, observando lo evidenciado por el mismo. Si no, que a su vez, sale en defensa del sistema jurídico imperante, del Estado Constitucional de Derecho, de la Constitución, de la Ley y por supuesto, de la legitimidad, esto es, de la justicia. Lo que, dicho sea de paso, saludamos sobremanera.

## XII. CONCLUSIONES

I. Resulta sumamente lamentable como preocupante, colegir que tanto la primera (Segundo Juzgado Civil de Ayacucho), como la segunda instancia (Sala Civil de Huamanga), hayan incurrido en garrafales yerros de manera sistemática. Los mismos, que se traducen en vulneraciones de derechos de los justiciables: Sharon Frine GUZMÁN MIRANDA y la empresa Negusa Corporación Sociedad Anónima.

Esto es, que simplemente devienen en incomprensibles las vulneraciones, en el caso de la primera justiciable: i) Motivación de resoluciones judiciales. Así también, en el de la segunda justiciable: i) Principio procesal de congruencia, ii) Principio de valoración conjunta de la prueba, y iii) Motivación de resoluciones judiciales.

II. En ese sentido, consideramos que dichos entes judiciales habrían incurrido en malicia procesal, al alterar, vía las vulneraciones referidas, el fondo del asunto *sub litis*. En iguales términos, lo propio podemos señalar del accionar de la accionante de la casación, Sharon Frine GUZMÁN MIRANDA, en vista de pretender desconocer la compraventa del bien inmueble *sub litis*, esto es, su titularidad sobre el mismo.

Malicia es, por ejemplo, confabular con el notificador para que notifique en un domicilio diferente del que consta en la cédula, con el oscuro propósito que el demandado o notificado pierda sus derechos por la no comparecencia en término al proceso. En el caso de la eventual incurrencia del juez en malicia

procesal, se tiene, que la misma se evidencia, *verbi gratia*: al correr excesivamente traslados a la partes, excesivo rigor en la formalidad al rechazar recursos o declarar nulidades recurrentemente, admitir o rechazar medios probatorios abiertamente improcedentes o procedentes respectivamente, incurrir en morosidad judicial injustificada o no sancionar (omisión cuasi cómplice) el accionar procesal abusivo de cualquiera de los sujetos señalados<sup>30</sup>.

III. En ese sentido, nos llama la atención que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la república, vía la resolución *sub exámine* (Cas. núm. 986-2012 Ayacucho), se haya limitado únicamente a casar la sentencia impugnada, anular la sentencia de vista, expedida por la Sala Civil de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho; declarar insubsistente la sentencia, que declara fundada la demanda; y ordenar también, que el *A quo* emita nueva sentencia, teniendo en cuenta las referidas consideraciones. Ello, en tanto, el Juzgado y Sala, no fueron siquiera apercebidos por su muy cuestionable proceder procesal.

Por otro lado, consideramos que los nocivos efectos de las resoluciones judiciales impugnadas vía los recursos de casación resueltos, felizmente recientemente pueden ser paliados (y no en los tiempos acaecidos en el devenir del caso *in comento*). Ello, en vista de la dación de la Ley núm. 30199, de fecha 18 de mayo de 2014, que modifica el Código Procesal Civil peruano. Dicha norma considera la posibilidad de interponer una medida cautelar, adicionando al artículo 603, del mencionado cuerpo normativo: «*Procede a pedido de parte la solicitud de posesión provisoria del bien una vez que haya sido admitida la demanda, la que se sujeta a los requisitos y trámites de la medida cautelar*».

IV. En ese orden de ideas, señalamos que según el Estudio Echecopar, dicha medida cautelar tendrá como finalidad que se le entregue al demandante la posesión del bien hasta que se emita sentencia firme en dicho proceso, Pudiendo ser solicitada una vez admitida la demanda, para lo cual deberá reunir los requisitos y el contenido señalado en los artículos 610 y 611 del Código procesal civil<sup>31</sup>.

V. Finalmente, es de resaltar, que la sentencia casatoria bajo análisis, reviste especial relevancia y trascendencia, en tanto, tratándose de la equivocada ejecución de un interdicto de recobrar (además, de los derechos y principios procesales mencionados), donde el predio lanzado corresponde probadamente a un tercero, en la misma se dispone la corrección de lo correspondiente.



### XIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA OLIVO, C. En: VV. AA. *Diccionario procesal civil*. Grupo Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2013.
- ARAGÓN L., L. Á. *Diccionario jurídico de derecho procesal civil*. IDEA Editores. Lima, 1995.
- CABANELLAS, G. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 23.<sup>a</sup> edición. Tomo V. Buenos Aires. 1994.
- CASTILLO ALVA, J. L., LUJÁN TÚPEZ, M., y ZAVALETA RODRÍGUEZ, R. *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2004.
- DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría general del proceso aplicable a toda clase de procesos*. Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1984.
- DÍAZ REVORIO, F. J. (2004). Compilador. *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Palestra editores. Lima.
- DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Editorial Tecnos S.A. Madrid. Vol. II, 1983.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho civil*. Editorial Tecnos S.A. Madrid. Tomo III, 1981.
- GARCÍA BELAÚNDE, D. *Diccionario de jurisprudencia constitucional. Definiciones y conceptos extraídos de las resoluciones y sentencias del tribunal constitucional*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2009.
- GOZAÍNI, O. A. *Elementos de Derecho procesal civil*. EDIAR S.A. Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, 2005.
- JAMES, P. *Introducción al Derecho inglés*. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá. 1996.
- LANDA ARROYO, C. (2005). Compilador. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Palestra Editores. Lima.
- LINARES SAN ROMÁN, J. La valoración de la prueba. En: *Revista Derecho y Cambio Social*. En Línea: Recuperado en fecha 7/6/16 de: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista013/la%20prueba.htm>. Lima, 2008.
- LORENZETTI, R. L.. *Razonamiento judicial. Fundamentos de Derecho privado*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima, 2006.
- MONROY CABRA, M. G. *Principios del Derecho procesal civil*. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1973.
- MONROY GÁLVEZ, J. *Introducción al proceso civil*. Editoriales Temis S.A. y De Belaunde & Monroy. Santa Fe de Bogotá. 1996.
- OSSORIO, M. *Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. 2001.
- RIBÓ DURAND, L. *Diccionario de Derecho*. Bosch Casa Editorial. S. A. Barcelona. 1987.
- S/a. *Modifican interdicto de recobrar*. En línea: Recuperado en fecha 7/6/16, de: [http://www.elperuano.com.pe/edicion/noticia-modifican-interdicto-recobrar-20409.aspx#VTRFOdJ\\_Okp](http://www.elperuano.com.pe/edicion/noticia-modifican-interdicto-recobrar-20409.aspx#VTRFOdJ_Okp). Lima. 2014.
- SAGÁSTEGUI URTEAGA, P. *Exégesis y sistemática del código procesal civil*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003.

- Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, Exp.458-2001- HC. En línea: Recuperada en fecha 07/06/16 de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00458-2001-HC.html>, Lima, 2002.
- TICONA POSTIGO, V. *El derecho al debido proceso en el Derecho civil*. Editora Jurídica Grijley, Lima.
- TORRES CARRASCO, M. A. *El nuevo recurso de casación civil. Recientes modificaciones y repaso jurisprudencial*. Grupo Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2010.
- TORRES MANRIQUE, J. I. Temeridad y malicia procesales al banquillo. Crónica de dos lacras jurídicas que pretenden consolidarse. En: *Civil Procedure Review*. En Línea: Recuperado en fecha 07/06/16 de: [http://www.civilprocedure-review.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=119%3Atemeridad-y-malicia-procesales-al-banquillo-cronica-de-dos-lacras-juridicas-que-pretenden-consolidarse&catid=53&Itemid=82&lang=es](http://www.civilprocedure-review.com/index.php?option=com_content&view=article&id=119%3Atemeridad-y-malicia-procesales-al-banquillo-cronica-de-dos-lacras-juridicas-que-pretenden-consolidarse&catid=53&Itemid=82&lang=es). München. 2010.

## NOTAS

<sup>1</sup> Véase: TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. *El nuevo recurso de casación civil. Recientes modificaciones y repaso jurisprudencial*. Grupo Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2010, 5.

<sup>2</sup> Vide GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Diccionario de jurisprudencia constitucional. Definiciones y conceptos extraídos de las resoluciones y sentencias del tribunal constitucional*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2009, VII).

<sup>3</sup> Cfr. GARCÍA BELAÚNDE. *Ob. cit.*, 726-727.

<sup>4</sup> Cfr. Díez- PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Editorial Tecnos S.A. Madrid. Volúmen II, 1983, 540.

<sup>5</sup> Cfr. JAMES, Philip. *Introducción al Derecho inglés*. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá. 1996, 340.

<sup>6</sup> Veni OSSORIO. Manuel. *Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. 2001, 528.

<sup>7</sup> Vide ARAGÓN L., Luis Ángel. *Diccionario jurídico de Derecho procesal civil*. IDEA Editores. Lima, 1995, 153.

<sup>8</sup> Véase: GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo. *Elementos de derecho procesal civil*. EDIAR S. A. Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, 2005, 635.

<sup>9</sup> Vide Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho civil*. Editorial Tecnos S.A. Madrid. Tomo III, 1981, 109.

<sup>10</sup> Cfr. SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. *Exégesis y sistemática del código procesal civil*. Volúmen II. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, 267.

<sup>11</sup> ACOSTA OLIVO, Carlos. En: VV.AA. *Diccionario procesal civil*. Grupo Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2013, 193.

<sup>12</sup> Ver CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Editorial Heliasta. 23.<sup>a</sup> edición. Tomo V. Buenos Aires. 1994, 87.

<sup>13</sup> Artículo 8. *Garantías Judiciales*.- 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o

intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. LANDA ARROYO, C. (2005). Compilador. *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Palestra Editores. Lima, 1301-1302.

<sup>14</sup> Artículo 6. Derecho a un *proceso equitativo*.- 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que será considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia. DÍAZ REVORIO, F. J. (2004). Compilador. *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Palestra editores. Lima, 947-948.

<sup>15</sup> Cfr. SAGÁSTEGUI URTEAGA. *Ob. cit.* Volúmen I, 8-9.

<sup>16</sup> Véase: TICONA POSTIGO, Víctor. *El derecho al debido proceso en el Derecho civil*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 122.

<sup>17</sup> Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Razonamiento judicial. Fundamentos de Derecho privado*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima, 2006, 219.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, Exp.458-2001-HC. En línea: Recuperada en fecha 07/06/16 de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00458-2001-HC.html>. Lima. 2002.

<sup>19</sup> Véase: GARCÍA BELAÚNDE. *Cit.*, 483.

<sup>20</sup> CASTILLO ALVA, José Luis. LUJÁN TÚPEZ, Manuel y ZA VALETA RODRÍGUEZ, Roger. *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2004, 335-336.

<sup>21</sup> Véase: RIBÓ DURAND, Luis. *Diccionario de Derecho*. Bosch Casa Editorial. S. A. Barcelona. 1987, 137.

<sup>22</sup> *Vici*, en ese sentido MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Editoriales Temis S. A. y De Belaunde & Monroy. Santa Fe de Bogotá. 1996, 91.

<sup>23</sup> *Vide* MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Principios del Derecho procesal civil*. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1973, 55 -56.

<sup>24</sup> *Vici Ibid.*

<sup>25</sup> Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso aplicable a toda clase de procesos*. Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1984, 49-50.

<sup>26</sup> *Veni* CASTILLO QUISPE, Máximo y SÁNCHEZ BRAVO, Edgard. *Manual de Derecho procesal civil*. Jurista Editores. Lima. 2007, 44-45.

<sup>27</sup> Cfr. MORALES GODO, Juan. *Instituciones de Derecho procesal*. Palestra Editores. Lima. 2005. 410.

<sup>28</sup> GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo. *Ob. cit.*, 317.

<sup>29</sup> LINARES SAN ROMÁN, Juan. La valoración de la prueba. En: *Revista Derecho y Cambio Social*. En Línea: Recuperado en fecha 07/06/16 de: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista013/la%20prueba.htm>. Lima, 2008.

<sup>30</sup> TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Temeridad y malicia procesales al banquillo. Crónica de dos lacras jurídicas que pretenden consolidarse. En: *Civil Procedure Review*. En Línea: Recuperado en fecha 07/06/16 de: [http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=119%3Atemeridad-y-malicia-procesales-al-banquillo-cronica-de-dos-lacras-juridicas-que-pretenden-consolidarse&catid=53&Itemid=82&lang=es](http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=119%3Atemeridad-y-malicia-procesales-al-banquillo-cronica-de-dos-lacras-juridicas-que-pretenden-consolidarse&catid=53&Itemid=82&lang=es). München. 2010, 97.

<sup>31</sup> S/a. *Modifican interdicto de recobrar*. En línea: Recuperado en fecha 07/06/16, de: <http://www.elperuano.com.pe/edicion/noticia-modifican-interdicto-recobrar-20409.aspx#>. VTRFOdJ\_Okp. Lima. 2014.

*(Trabajo recibido el 11-10-2017 y aceptado para su publicación el 8-11-2017)*



# 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 8-11-2017

(BOE 1-12-2017)

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 10

#### **TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE.**

La cuestión debatida ha sido resuelta por esta Dirección General en numerosas ocasiones habiéndose elaborado una reiterada doctrina que resulta de plena aplicación al presente supuesto. De acuerdo a dicha doctrina, el principio de titulación formal en nuestro Derecho viene instaurado en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, exigiéndose en su virtud titulación pública (ya sea notarial, judicial o administrativa, atendiendo a la naturaleza de los casos y supuestos del negocio en ellos contenido), siendo muy excepcional los supuestos en los que se permite la mutación jurídico real en documento o instancia privada con plena relevancia registral, sin que el caso aquí planteado pueda encajarse en alguna de estas excepciones (cfr. resolución de 27 de febrero de 2017).

La transacción, se encuentra definida en nuestro Código Civil como el contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado. 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. Las partes no podrán en ningún caso negar, en el plano obligatorio, el pacto transaccional alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento. También ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General que 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.

Es cierto que el auto judicial por el que se lleva a cabo la homologación del contrato de transacción no es un documento privado. La doctrina de esta Dirección General no afirma tal cosa, sino que la homologación judicial no altera el objeto, contenido y forma del acuerdo entre las partes. La homologación judicial no tiene otro alcance que poner fin al procedimiento judicial existente y precisamente por ello, porque el juez ve finalizada su labor y no entra a valorar las pruebas ni a conocer de las pretensiones de las partes, no contiene una declaración judicial sobre las mismas ni una resolución por la que se declare, modifique, constituya o extinga una relación jurídica determinada. Son las partes las que, mediante la prestación de su consentimiento y el cumplimiento del resto de requisitos exigidos por el ordenamiento, declaran, constituyen, modifican o extinguen una relación jurídica preexistente que hace innecesaria la existencia del proceso que queda así sin objeto. Consecuentemente y de acuerdo con los principios de nuestro ordenamiento, la alteración del contenido del Registro de la Propiedad requiere que el acuerdo alcanzado entre las partes se documente adecuadamente (art. 3 de la Ley Hipotecaria), a fin de poder provocar el efecto acordado entre las partes (arts. 40, 76 y 82 de la Ley Hipotecaria).

No modifica lo anterior el hecho de que en la sentencia se haga referencia al carácter de vivienda habitual de la finca objeto de división ni que el recurrente afirme que los condueños eran pareja estable durante varios años, circunstancia esta que además no se ha acreditado conforme al título VI, artículos 303 y siguientes, del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

Resolución de 8-11-2017

(BOE 1-12-2017)

Registro de la Propiedad de Sigüenza.

**CERTIFICACIÓN CATASTRAL: TÍTULO HÁBIL PARA CAMBIAR EL NÚMERO DE ORDEN DE UNA FINCA. RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: FINCAS PROCEDENTES DE UNA CONCENTRACIÓN PARCELARIA.**

Esta Dirección General ya ha declarado que la certificación catastral es un documento hábil para acreditar circunstancias tales como el cambio de nombre o de número de la calle, siempre que no existan dudas de la identidad de la finca y sobre la base de lo dispuesto en los artículos 437 del Reglamento Hipotecario y 3, 11 y 45 de la Ley del Catastro Inmobiliario (cfr: resoluciones de 16 de mayo de 2012 y 19 de febrero de 2015). Parece evidente que, cuando exista tal identidad de la finca, la certificación catastral es el documento idóneo para acreditar la

modificación del número de polígono y parcela, pues debe recordarse que según el apartado 2 del artículo 34 de la Ley del Catastro, dichos elementos, polígono y parcela, son definitorios de la propia cartografía catastral. En la calificación recurrida no resulta manifestada ninguna duda de identidad de la finca, más allá de poner de manifiesto la discrepancia entre los números de polígono y parcela.

Cabe recordar que en la resolución de 20 de abril de 2017 se concluyó que es posible la inscripción de una finca de reemplazo en un procedimiento de concentración parcelaria aun cuando no exista una total coincidencia entre la descripción literaria que figura en el título y la que resulta de la representación gráfica catastral aportada, considerando lo dispuesto en los artículos 204 y 206 de la Ley Hipotecaria y la ausencia de dudas de identidad o correspondencia de la finca con dicha representación gráfica. En tales casos, señala esta resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en la letra b) del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, cuando prevé que «se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes». Y todo ello sin perjuicio de que, conforme al mismo artículo 9.b), al practicarse la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria y notificándose por el registrador el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos.

Es cierto, como indica la registradora en su calificación, que el artículo 201.1, letra e), de la Ley Hipotecaria no permite la tramitación del expediente regulado en dicho precepto para la rectificación descriptiva de fincas resultantes de expediente administrativo de reorganización de la propiedad, exigiendo en tal caso la rectificación del título original o la previa tramitación del procedimiento administrativo correspondiente. Sin embargo en el presente caso se aprecia la identidad total de la finca inscrita con la parcela catastral, por lo que se respeta la plena coordinación entre las parcelas catastrales que resultan del procedimiento de concentración parcelaria y las fincas registrales (cfr. art. 237 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y resolución de 20 de abril de 2017), y por ello no se justifica la exigencia de rectificación del título de concentración parcelaria, de forma análoga a lo que sucedía en el caso de la repetida resolución de 20 de abril de 2017.

Resolución de 7-11-2017

(BOE 2-12-2017)

Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 1

#### **RECTIFICACIÓN DE CABIDA: REQUISITOS.**

Tras las resoluciones de 17 de noviembre de 2015 (reiterada posteriormente en las de 22 de abril o 30 de junio de 2016, entre otras) esta Dirección General señaló que a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos: - Los que solo

persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letras a) y b), de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10% o del 5%, respectivamente, de la cabida inscrita, y que no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral tras la inscripción «a los titulares registrales de las fincas colindantes». - El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b). Tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, si bien, como señala el artículo citado, «el Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación». - Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices —pues no en vano, como señala el artículo 199, es la delimitación georreferenciada de la finca la que determina y acredita su superficie y linderos, y no a la inversa—. Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203 de la Ley Hipotecaria. En el supuesto de este expediente existe una disminución de superficie, cuyo tratamiento, como ha reiterado este Centro Directivo, ha de ser idéntico al de los excesos.

Tras la aprobación de la Ley 13/2015, de 24 de junio, también es preciso en todo caso que no existan dudas sobre la realidad de la modificación solicitada, fundadas en la previa comprobación, con exactitud, de la cabida inscrita, en la reiteración de rectificaciones sobre la misma o en el hecho de proceder la finca de actos de modificación de entidades hipotecarias, como la segregación, la división o la agregación, en los que se haya determinado con exactitud su superficie. 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.

En el presente expediente, al tratarse de una minoración de superficie inferior al 10% respecto de la que consta inscrita, es posible lograr la inscripción de la representación gráfica y rectificación de descripción bastando la notificación registral tras la inscripción a los titulares registrales de las fincas colindantes. Y respecto de las dudas derivadas de la variación del número de parcelas catastrales que integran la finca, hay que recordar que la referencia catastral de la finca solo implica la identificación de la localización de la finca inscrita en cuanto a un número de referencia catastral, pero no que la descripción tenga que ser concordante con la del Catastro ni que se puedan inscribir en tal caso todas las diferencias basadas en certificación catastral descriptiva y gráfica. En consecuencia, y según resulta del título presentado, habiendo quedado debidamente justificado que no existen diferencias de superficie superiores al 10% entre la cabida inscrita y la catastral, que tampoco existen diferencias en cuanto a la denominación del sitio o paraje de la finca y su naturaleza, los efectos limitados que la incorporación

de la referencia catastral ostenta, y la insuficiente motivación de las dudas de identidad aducidas, es por lo que debe afirmarse la procedencia de la tramitación del procedimiento para la rectificación de descripción.

Respecto de la segunda finca, registral 896 del término de Tielmes, el artículo 199 de la Ley Hipotecaria regula el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro. 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, sin que exista limitación de utilización de estos procedimientos por razón de la diferencia respecto a la cabida inscrita tal y como ha quedado expuesto. En este caso sí resultan justificadas en este caso las dudas de la registradora, por la circunstancia de tratarse ahora la finca de una discontinua, cuando en su anterior descripción no se hacía ninguna referencia a este extremo, y el hecho de estar formada por dos parcelas catastrales no colindantes entre sí, que permite albergar dudas acerca de la identidad de la finca, existiendo una importante desproporción en la cabida y pudiendo encubrir operaciones de modificación de entidad hipotecaria.

Resolución de 7-11-2017

(BOE 2-12-2017)

Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 1

**RECURSO GUBERNATIVO: LEGITIMACIÓN PARA INTERPONERLO. INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.**

La condición de presentante del documento no incluye la representación para interponer recurso contra la calificación que suspende o deniega el asiento, para lo que se exige la acreditación auténtica de las facultades representativas invocadas según el artículo 325 a) de la Ley Hipotecaria. Esto no obstante, la circunstancia de constar acreditado fehacientemente que el presentante del documento es representante orgánico de la sociedad transmitente le legitima para la interposición del recurso conforme al citado precepto.

Del tenor del artículo 205 de la Ley Hipotecaria resulta que la identidad que exige el precepto entre el título y la certificación catastral se refiere exclusivamente a la descripción de la finca, lo cual concuerda con la presunción del apartado 3 del artículo 3 de la Ley del Catastro Inmobiliario que afirma que «salvo prueba en contrario y sin perjuicio del Registro de la Propiedad, cuyos pronunciamientos jurídicos prevalecerán, los datos contenidos en el Catastro Inmobiliario se presumen ciertos». Por tanto, actualmente debe entenderse inaplicable el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, en particular, y en lo que a este expediente se refiere, en cuanto que dispone que el título público de adquisición incorporará o acompañará certificación catastral descriptiva y gráfica de la que resulte además que la finca está catastrada a favor del transmitente o del adquirente. Cuestión distinta es que la circunstancia de hallarse una finca incurso en un procedimiento de investigación conforme a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, pudiera determinar la existencia de duda de invasión del dominio público. En tal caso se requeriría que tal duda se encontrase debidamente fundamentada y que se procediese conforme a lo prescrito en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

La protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción. En el supuesto de este expediente, la registradora únicamente ha manifestado en su calificación que «el hecho de que la parcela esté «en investigación» puede conllevar dudas sobre la invasión del dominio público». Por tanto, lo procedente, tal y como ya se ha dicho anteriormente, hubiera sido actuar de conformidad con lo previsto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, con el mismo fundamento que ya se contempla en determinadas leyes especiales a las que se ha hecho referencia anteriormente, y notificar tal circunstancia a la entidad u órgano competente, acompañando la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca que se pretende inmatricular con el fin de que, por dicha entidad, se remitiese el informe correspondiente, dentro del plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación. No habiéndose cumplimentado los trámites previstos en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria en el momento procedimental oportuno, es decir, antes de emitir su calificación, ello impide a la registradora disponer de todos los elementos necesarios para disipar sus dudas acerca de la posible invasión del dominio público.

Resolución de 7-11-2017

(BOE 2-12-2017)

Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3

#### FINCA REGISTRAL: FINCA RADICADA EN DOS DISTRITOS HIPOTECARIOS.

En el Registro de la Propiedad rige el principio de folio real, formulado en el artículo 243 de la Ley Hipotecaria. Por otra parte la Ley consagra como pilar básico de la organización del servicio registral el de competencia territorial, pues conforme al artículo 1 «las expresadas inscripciones o anotaciones se harán en el Registro en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles».

La disposición final primera del Real Decreto 195/2017, de 3 de marzo, da nueva redacción al artículo 2 del Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947. Esta Dirección General, en resolución de 7 de julio de 2017, ha interpretado esta norma en el sentido de que, respecto de una misma finca, como objeto jurídico único que es, solo será competente un único Registro de la Propiedad, y en particular, aquel en cuya circunscripción se ubique la mayor parte de la finca, entendiendo por tal la mayor parte de superficie de suelo, medida esta en proyección sobre el plano horizontal al nivel de la rasante del terreno. Es claro que las nuevas fincas que se pretendan inmatricular tras la entrada en vigor del Real Decreto 195/2017 solo podrán serlo en aquel Registro, Ayuntamiento o Sección, en cuya circunscripción se ubique la mayor parte de la finca. Y, respecto de las fincas inmatriculadas con anterioridad, para ir adaptando las inscripciones preexistentes al nuevo criterio reglamentario, se dicta la disposición transitoria cuarta del Real Decreto 195/2017 relativa a los traslados que hay que efectuar.

Esta Dirección General ha afirmado, en resolución de 7 de julio de 2017, que en la descripción de la finca, cuando la misma se encuentre situada en dos o más términos municipales, y a los efectos, entre otros, de efectuar las notificaciones registrales al Ayuntamiento, a la Comunidad Autónoma o al Catastro, según la

normativa pertinente en cada caso, habrá de hacerse constar qué superficie y porción concreta de la finca está ubicada en cada término municipal. Determinación que se precisa, también, como se ha visto, para fijar la competencia territorial del registrador.

Resultando la finca situada íntegramente según la certificación catastral incorporada al título en el término de Fuente Álamo de Murcia, y solicitando expresamente los interesados la rectificación de la descripción conforme a dicha certificación (cfr. art. 3 del Reglamento Hipotecario), existiendo además solo una diferencia de superficie inferior al 10% de la inscrita, la calificación no puede mantenerse en los términos que se formula. Esto último sin prejuzgar los medios legales a los que habría que acudir para operar la rectificación de descripción de la finca conforme a tal representación gráfica catastral, cuestión que no es objeto de este recurso

Resolución de 7-11-2017

(BOE 2-12-2017)

Registro de la Propiedad de Priego de Córdoba.

**EXPEDIENTE DEL ARTÍCULO 201 LH: NOTIFICACIÓN A LOS COLINDANTES. RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO DEL INFORME QUE EMITE EL REGISTRADOR.**

El artículo 201, apartado 1, de la Ley Hipotecaria regula el expediente para rectificar la descripción, superficie o linderos de cualquier finca registral y se remite en cuanto a su tramitación a las reglas que establece en el artículo 203. El objeto de la intervención de los titulares colindantes en los procedimientos de concordancia del Registro con la realidad física es evitar que puedan lesionarse sus derechos y en todo caso que se produzcan situaciones de indefensión. No se refiere, empero, el precepto, al modo concreto en que deben efectuarse las notificaciones y, a diferencia del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, tampoco se pronuncia acerca del modo de proceder cuando las fincas colindantes se encuentran divididas horizontalmente. Cabe plantear, por tanto la aplicación analógica de lo establecido en el artículo 199 LH al procedimiento del artículo 201, considerando que este último no contiene una regulación a este respecto y existe una evidente identidad de razón entre ambos procedimientos. Por tanto, debe considerarse que requerir tal notificación a todos y cada uno de los titulares de dominio y cargas de los elementos de un edificio dividido horizontalmente supone una exigencia desproporcionada.

La notificación ha de efectuarse «en la forma prevenida en esta Ley» y «en los domicilios que consten en el Registro y, caso de ser distintos, en cualesquiera otros que resulten del expediente». La remisión a «la forma prevenida en esta Ley» debe entenderse realizada a la prevista en el Título VI de la Ley Hipotecaria en el que se regulan los procedimientos para la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral, según la redacción dada por la Ley 13/2015, de 24 de junio. En este sentido, el artículo 199 de la Ley Hipotecaria dispone que «la notificación se hará de forma personal. En el caso de que alguno de los interesados fuera desconocido, se ignore el lugar de la notificación o, tras dos intentos, no fuera efectiva la notificación, se hará mediante edicto insertado en el «Boletín Oficial del Estado», sin perjuicio de utilizar, en todo caso, el sistema de alertas previsto en la regla séptima del artículo 203».

Previamente a la notificación edictal, es preceptivo intentar la notificación personal, salvo que nos encontremos ante un caso en el que se ignore el lugar de la notificación.

Debe recordarse 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 14-11-2017

(BOE 4-12-2017)

Registro de la Propiedad de Tordesillas.

#### PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE. FINCA REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. arts. 20 y 40 de la Ley Hipotecaria), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 de la Ley Hipotecaria). Conforme doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo en las sentencias relacionadas en «Vistos», que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, 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), ya que precisamente el artículo 100 del Reglamento Hipotecario permite al registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). 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. Para evitar la indefensión es preciso que se haya cumplido con la obligación de averiguar los domicilios de los desconocidos herederos demandados, por lo que la citación por medio de edictos fijados en el tablón de anuncios e incluso la notificación de la sentencia de primera instancia a través de su publicación en

el «Boletín Oficial del Estado» requiere que, previamente, se hubieran agotado todos los medios de averiguación que la Ley de Enjuiciamiento Civil impone. Y en el caso de la herencia yacente, aunque sea una masa patrimonial, se ha de intentar la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio.

Como puso de manifiesto la resolución de este Centro Directivo de 8 de septiembre de 2011, «es incuestionable que, para cumplir el principio de tracto sucesivo, la demanda ha de ser dirigida contra el titular registral, pudiendo dirigirse, en caso de fallecimiento de este, contra la herencia yacente, pero es indiscutible que en tal caso es preciso acreditar la fecha del fallecimiento del titular registral, y así lo exige expresamente el artículo 166.1 del Reglamento Hipotecario». No obstante, en el caso objeto de recurso concurren algunas circunstancias relevantes que han de ser atendidas. En primer lugar, el hecho de que la última inscripción de dominio de la mitad indivisa de la finca practicada a favor de don T. P. R. sea del año 1887, pone de manifiesto la imposibilidad material de que dicho titular siga aún con vida. Y, sobre todo, si se tiene en cuenta que el juez ha admitido, como resulta del último párrafo del fundamento de derecho segundo de la sentencia, que los únicos que podían actuar en el proceso oponiéndose a la pretensión de la demandante, son «los herederos desconocidos de quien aparece como titular registral de una mitad indivisa, según inscripción del año 1887», parece que no puede ahora el registrador, dentro de los límites que a la calificación de documentos judiciales le impone el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, exigir la acreditación de un hecho que la sentencia ha dado por sentado. Procede, en consecuencia, revocar la calificación impugnada en este punto.

Conforme a la misma, siendo la finca el elemento primordial de nuestro sistema registral —de folio real—, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico real (cfr. arts. 1, 8, 9, 17, 20, 38 y 243 de la Ley Hipotecaria y 44 y 51.6 del Reglamento Hipotecario), constituye presupuesto básico de toda actividad registral la identidad o coincidencia indubitada entre la finca que aparece descrita en el título presentado y la que figura inscrita en el Registro. Esta doctrina ha sido matizada en relación a los inmuebles ya inscritos cuya descripción ya recoge el conjunto de requisitos establecidos en el ordenamiento hipotecario. En tales casos, la omisión o discrepancia de algunos de los datos descriptivos con que estos figuran en el Registro no constituye en todo caso un obstáculo para la inscripción si su ausencia no impide la perfecta identificación de la finca.

Resolución de 14-11-2017

(BOE 4-12-2017)

Registro de la Propiedad de Sanlúcar de Barrameda.

#### **PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UN TÍTULO INSCRITO.**

El problema a tratar entronca con el principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución Española. Este principio, en su aplicación procesal y registral, implica que los procedimientos deben ir dirigidos contra el titular registral o sus herederos, y que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el registrador, al estar incluida dentro del ámbito de calificación de



documentos judiciales contemplado en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Por tanto, dado que las consecuencias de la sentencia implican claramente la afectación de la titularidad que don R. T. R. ostentaba sobre la finca 685 antes de la celebración de los negocios de aportación a la sociedad mercantil «Rafael de Terán, S.L.», y adjudicación a la disolución y liquidación de la misma, y que no consta que la demanda se haya dirigido contra dicho titular o sus correspondientes herederos, parece evidente que el registrador puede calificar este extremo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Por otro lado, el artículo 100 también autoriza al registrador para calificar la congruencia de la resolución con el procedimiento en el que se ha dictado. En este caso se ha tramitado un procedimiento ordinario que tenía por objeto enjuiciar la validez de dos actos jurídicos: la constitución de una sociedad mercantil y su posterior disolución y liquidación. Consecuentemente, la sentencia no puede implicar una declaración de propiedad que implique una reorganización de la titularidad de la finca al margen de la situación registral existente antes de que se otorgaran los dos actos societarios declarados nulos.

Es doctrina consolidada de esta Dirección General (*vid.* resoluciones de 11 de febrero de 1998, 20 de julio de 2006, 20 de enero de 2012 y 1 de julio de 2015, entre otras), que la sola presentación de un documento en el Registro implica la petición de la extensión de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse, siendo competencia del registrador la determinación de cuales sean estos, sin que el principio registral de rogación imponga otras exigencias formales añadidas. Lo que sí tiene que quedar claro es la naturaleza, extensión y condiciones del derecho cuya inscripción —en sentido amplio de acceso al Registro— se solicite.

Ha de recordarse que cuando una sentencia judicial declara la nulidad de una inscripción, lo que corresponde, conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley Hipotecaria, es proceder a su cancelación. Por tanto, deben cancelarse las inscripciones 17.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup> de la finca. Por tanto, la propia dinámica del tracto sucesivo implica que la declaración de nulidad de la inscripción 18.<sup>a</sup> y del título en cuya virtud se extendió, que atribuye la mencionada titularidad a don R. E. T. H., arrastre la cancelación de las inscripciones posteriores que traen causa en la misma, o dicho de otro modo, al declararse nula la constitución y extinción de la sociedad los efectos traslativos de la disolución devienen inoperantes, lo que implica la existencia de un obstáculo registral, pues habrá de justificarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria la transmisión de diez dieciseisavas partes de la finca de don R. T. R. titular registral con anterioridad a que se produjesen las operaciones declaradas nulas a su hijo don R. T. H.

Resolución de 16-11-2017

(BOE 7-12-2017)

Registro de la Propiedad de Villafranca del Bierzo.

#### INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Como ha señalado este Centro Directivo en su resolución de 19 de noviembre de 2015, oportunamente citada por la recurrente, «frente a la anterior redacción del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, relativa a la posibilidad de obtener la inmatriculación en virtud de “títulos públicos otorgados por personas que acrediten de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos”, ahora, la nueva redacción legal exige que se trate de “títulos públicos traslativos

otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público". La diferencia esencial entre ambas redacciones legales radica en los dos requisitos, uno relativo a la forma documental y otro al momento temporal, exigidos para acreditar que el otorgante de ese título público traslativo hubiera adquirido su derecho con anterioridad. Con la nueva redacción legal, no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una especie concreta y especialmente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes, y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador. Nótese que dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior».

Con independencia del carácter atributivo, declarativo o especificativo que se predique de la partición, es evidente que, en el proceso sucesorio, delación y partición se complementan, y juntas producen el efecto traslativo respecto del heredero en la titularidad exclusiva de bienes concretos y determinados (cfr. art. 1068 del Código Civil). Ello permite interpretar que en los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, si con posterioridad otorga título traslativo de ellos a un tercero, el plazo de un año a que se refiere el artículo 205 se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, momento desde el cual se puede entender adquirida por el heredero la posesión y por ende la propiedad de los bienes hereditarios, y no necesariamente desde el otorgamiento del título público de formalización de la aceptación y adjudicación de herencia.

Respecto del segundo defecto expresado en la nota de calificación, relativo al modo en que ha de computarse el plazo del año a que se refiere el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, tanto la registradora como la recurrente están de acuerdo en que el momento inicial de dicho cómputo, como así también lo ha señalado la citada doctrina de este Centro Directivo, ha de ser la fecha del fallecimiento de la causante de la herencia, que ocurrió el día 28 de abril de 2016, pero difieren respecto del momento final del cómputo, que según la registradora debería ser la fecha en la que el documento privado de compraventa fue liquidado y obtuvo fecha fehaciente (el 6 de febrero de 2017), y según la recurrente debe ser la fecha de otorgamiento de la escritura pública de compraventa, que fue el día 16 de mayo de 2017. Y lo cierto es que a este respecto la redacción legal no ofrece dudas interpretativas. Por lo tanto, el momento final del cómputo de dicho año es el del otorgamiento del título público traslativo.

Resolución de 20-11-2017

(BOE 13-12-2017)

Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 2

**RECURSO GUBERNATIVO: DOCUMENTOS APORTADOS CON EL ESCRITO DE RECURSO.**

Se presenta en el Registro de la Propiedad mandamiento de toma de razón de anotación de demanda sobre tres fincas en virtud de auto recaído en pro-

cedimiento de medidas cautelares. Del auto resulta el ejercicio por la actora de acción de nulidad de un testamento constituyendo pretensión de la actora que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se le reconozca el carácter de heredera universal. El auto concede la medida cautelar solicitada de anotación preventiva sobre las fincas que especifica por haber sido adquiridas por la titular registral, la demandada, a consecuencia de la sucesión testada cuyo título es objeto de la anotación.

En base al artículo 326 de la LH, es continua doctrina de esta Dirección General (por todas, resolución de 25 de julio de 2017, basada en el contenido del artículo y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 22 de mayo de 2000), que en la tramitación del expediente de recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el registrador (y que han sido aportados al interponer el recurso). Sin prejuzgar en absoluto si de la documentación presentada junto al escrito de recurso resultan las circunstancias precisas para la toma de razón de la demanda, lo que resulta indiscutible es que no es así en cuanto a la documentación presentada a calificación. De esta resulta que la medida cautelar se concede en el ámbito del ejercicio de la acción de nulidad de un testamento y que se extiende a las fincas adquiridas como consecuencia de las adjudicaciones llevadas a cabo por tal título pues de estimarse la pretensión de nulidad y decaer el título sucesorio decaerían igualmente las adjudicaciones de él derivadas.

Resolución de 21-11-2017

(BOE 13-12-2017)

Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3

#### RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201 LH.

Tras la resolución de 17 de noviembre de 2015 (reiterada posteriormente en las de 22 de abril o 30 de junio de 2016, entre otras) esta Dirección General señaló que a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos: - Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letras a) y b), de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10% o del 5%, respectivamente, de la cabida inscrita, y que no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral tras la inscripción «a los titulares registrales de las fincas colindantes». - El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b). Tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, si bien, como señala el artículo citado, «el Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación». - Y, finalmente, los

que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices —pues no en vano, como señala el artículo 199, es la delimitación georreferenciada de la finca la que determina y acredita su superficie y linderos, y no a la inversa—. Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203 de la Ley Hipotecaria. En el supuesto de este expediente existe una disminución de superficie, cuyo tratamiento, como ha reiterado este Centro Directivo, ha de ser idéntico al de los excesos.

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. Debe destacarse que no existe un límite cuantitativo de superficie para la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 201. Por tanto, la manifestación de dudas de identidad no justifica la suspensión del procedimiento, en el que siempre pueden practicarse las diligencias oportunas para disipar tales dudas, como seguidamente se dirá.

Como ya afirmó este Centro Directivo en la resolución de 20 de diciembre de 2016, se hace preciso cohesionar el contenido de ambas normas (arts. 201 y 203 LH) para determinar el contenido y alcance de la certificación que debe expedirse al comienzo del procedimiento del artículo 201 de la Ley Hipotecaria y la extensión, en su caso, de la correspondiente anotación preventiva. De los mismos resulta que 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. Como ya señaló esta Dirección General en la resolución de 27 de junio de 2016, la expresión de dudas de identidad al comienzo del procedimiento, no impide continuar con la tramitación de mismo, pudiendo el notario realizar actuaciones y pruebas que permitan disipar tales dudas.

La conveniencia de practicar la anotación prevista en el artículo 203 LH no determina que tenga un carácter obligatorio, pues ello no encajaría con el principio de voluntariedad de la inscripción que rige en el sistema registral español. El carácter potestativo, aunque no de forma expresa, también puede inferirse de las expresiones utilizadas en el artículo 203. Por todo lo expuesto, lo procedente en el presente caso es la expedición de la certificación y la continuación del procedimiento.

Resolución de 21-11-2017

(BOE 13-12-2017)

Registro de la Propiedad de Sigüenza.

#### **RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: FINCAS PROCEDENTES DE UNA CONCENTRACIÓN PARCELARIA.**

Cabe recordar que en la resolución de 20 de abril de 2017 se concluyó que es posible la inscripción de una finca de reemplazo en un procedimiento de

concentración parcelaria aun cuando no exista una total coincidencia entre la descripción literaria que figura en el título y la que resulta de la representación gráfica catastral aportada, considerando lo dispuesto en los artículos 204 y 206 de la Ley Hipotecaria y la ausencia de dudas de identidad o correspondencia de la finca con dicha representación gráfica. En tales casos, señala esta resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en la letra b) del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, cuando prevé que «se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes». Y todo ello sin perjuicio de que, conforme al mismo artículo 9.b), al practicarse la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria y notificándose por el registrador el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos.

Es cierto, como indica la registradora en su calificación, que el artículo 201.1, letra e), de la Ley Hipotecaria no permite la tramitación del expediente regulado en dicho precepto para la rectificación descriptiva de fincas resultantes de expediente administrativo de reorganización de la propiedad, exigiendo en tal caso la rectificación del título original o la previa tramitación del procedimiento administrativo correspondiente. Sin embargo en el presente caso se aprecia la identidad total de la finca inscrita con la parcela catastral, por lo que se respeta la plena coordinación entre las parcelas catastrales que resultan del procedimiento de concentración parcelaria y las fincas registrales (cfr. art. 237 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y Resolución de 20 de abril de 2017), y por ello no se justifica la exigencia de rectificación del título de concentración parcelaria, de forma análoga a lo que sucedía en el caso de la repetida resolución de 20 de abril de 2017.

Resolución de 21-11-2017

(BOE 13-12-2017)

Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3

#### **RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201 LH.**

Tras la resolución de 17 de noviembre de 2015 (reiterada posteriormente en las de 22 de abril o 30 de junio de 2016, entre otras) esta Dirección General señaló que a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos: - Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letras a) y b), de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10% o del 5%, respectivamente, de la cabida inscrita, y que no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral

tras la inscripción «a los titulares registrales de las fincas colindantes». - El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b). Tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, si bien, como señala el artículo citado, «el Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación». - Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices —pues no en vano, como señala el artículo 199, es la delimitación georreferenciada de la finca la que determina y acredita su superficie y linderos, y no a la inversa—. Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203 de la Ley Hipotecaria. En el supuesto de este expediente existe una disminución de superficie, cuyo tratamiento, como ha reiterado este Centro Directivo, ha de ser idéntico al de los excesos.

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. Debe destacarse que no existe un límite cuantitativo de superficie para la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 201. Por tanto, la manifestación de dudas de identidad no justifica la suspensión del procedimiento, en el que siempre pueden practicarse las diligencias oportunas para disipar tales dudas, como seguidamente se dirá.

Como ya afirmó este Centro Directivo en la resolución de 20 de diciembre de 2016, se hace preciso cohesionar el contenido de ambas normas (arts. 201 y 203 LH) para determinar el contenido y alcance de la certificación que debe expedirse al comienzo del procedimiento del artículo 201 de la Ley Hipotecaria y la extensión, en su caso, de la correspondiente anotación preventiva. De los mismos resulta que 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. Como ya señaló esta Dirección General en la resolución de 27 de junio de 2016, la expresión de dudas de identidad al comienzo del procedimiento, no impide continuar con la tramitación de mismo, pudiendo el notario realizar actuaciones y pruebas que permitan disipar tales dudas.

De los artículos 201 y 203 LH resulta que corresponde al titular del dominio promover el procedimiento y se prevé expresamente a lo largo de la tramitación del mismo la intervención de los titulares de cargas, quedando así salvaguardados sus derechos, circunstancia esta que deberá ser objeto de calificación una vez concluido el procedimiento y no al tiempo de expedirse la certificación, como ocurre en el supuesto que nos ocupa.

La conveniencia de practicar la anotación prevista en el artículo 203 LH no determina que tenga un carácter obligatorio, pues ello no encajaría con el prin-

cipio de voluntariedad de la inscripción que rige en el sistema registral español. El carácter potestativo, aunque no de forma expresa, también puede inferirse de las expresiones utilizadas en el artículo 203. Por todo lo expuesto, lo procedente en el presente caso es la expedición de la certificación y la continuación del procedimiento.

Resolución de 22-11-2017

(BOE 14-12-2017)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 25

#### SOCIEDADES MERCANTILES: ACTIVOS ESENCIALES.

La finalidad de la disposición del artículo 160.f), como se desprende de la ubicación sistemática de la misma (en el mismo artículo 160, entre los supuestos de modificación estatutaria y los de modificaciones estructurales), lleva a incluir en el supuesto normativo los casos de «filialización» y ejercicio indirecto del objeto social, las operaciones que conduzcan a la disolución y liquidación de la sociedad, y las que de hecho equivalgan a una modificación sustancial del objeto social o sustitución del mismo. Pero debe tenerse en cuenta, que dada la amplitud de los términos literales empleados en el precepto («la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales»), surge la duda razonable sobre si se incluyen o no otros casos que, sin tener las consecuencias de los ya señalados, se someten también a la competencia de la Junta general por considerarse que exceden de la administración ordinaria de la sociedad.

Según la sentencia del Tribunal Supremo número 285/2008, de 17 de abril, los consejeros delegados de una sociedad anónima carecen de poderes suficientes para otorgar la escritura pública de transmisión de todo el activo de la compañía (en el caso enjuiciado, las concesiones administrativas de transportes, tarjetas de transporte y autobuses, dejando a la sociedad sin actividad social) sin el conocimiento y consentimiento de la Junta. Pero debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—. Por ello, es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la Junta general. No obstante, es necesario que el notario despliegue la mayor diligencia al informar a las partes sobre tales extremos y reflejar en el documento autorizado los elementos y circunstancias necesarios para apreciar la regularidad del negocio y fundar la buena fe del tercero que contrata con la sociedad.

Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del Tribunal Supremo transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción.

De las circunstancias del presente caso no resulta que por la hipoteca constituida sobre el bien comprado inmediatamente antes —con autorización de la Junta general por manifestar que es un activo esencial— para garantizar precisamente el préstamo destinado a su financiación quede comprometido el objeto social ni la forma en que se desarrollan las actividades sociales. Precisamente por esa finalidad de la constitución del gravamen debe aplicarse la doctrina de los negocios complejos, de naturaleza unitaria porque los elementos heterogéneos que lo constituyen están íntimamente ligados, de suerte que la causa compleja que sirve de base absorbe las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos como, en este caso, es la compraventa autorizada por la Junta general.

Resolución de 22-11-2017

*BOE* 14-12-2017

Registro de la Propiedad de Segovia, número 3

#### RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201 LH.

A la vista de estos preceptos el recurso no puede ser estimado. En principio, ningún inconveniente debe existir para admitir que la solicitud de certificación o de anotación preventiva la presente en el Registro el propio interesado (art. 6 de la Ley Hipotecaria). Ahora bien, tal solicitud, en cumplimiento de las normas transcritas, debe ser suscrita por el notario autorizante del acta, ante el que se tramita el procedimiento, acompañada del acta en la que se documenta el inicio de dicho procedimiento y formularse en el curso de un expediente que se está tramitando.

En el caso de este expediente, resulta de diligencia extendida por la notaria autorizante, incorporada al acta presentada, la conclusión del procedimiento. Por ello resulta improcedente efectuar actuación alguna relativa a un procedimiento cuya tramitación ha concluido. Y ello sin perjuicio del derecho del interesado para acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. art. 198 Ley Hipotecaria) o incluso a instar nuevamente el inicio del procedimiento, solicitándose como trámite del mismo la anotación y certificación previstas en la Ley Hipotecaria, en la que se podrán manifestar por el registrador, si se estima pertinente, las dudas de identidad apreciadas.

Resolución de 23-11-2017

*(BOE* 14-12-2017)

Registro de la Propiedad de Cáceres, número 1

#### HERENCIA: ADJUDICACIONES EN VACÍO.

En primer lugar, hay que decir que la referencia a una promesa de venta o cualquier contrato hecho en documento privado, incluso relatado por el causante en su testamento, no ha causado asiento de inscripción ni anotación alguna separada y especial, siendo que a falta de esos no constituye más que la mención de un derecho que en su caso puede ser susceptible de inscripción si se cumpliesen los elementos necesarios para ello, lo que no consta en el expediente que se haya producido. La vigente legislación registral no permite, en vía de principio, una inscripción de dominio en favor de alguien que propiamente no es titular domi-



nical y que solo ostenta determinadas facultades de actuación. No son supuestos de tracto abreviado, sino de gestión y disposición de derecho ajeno. En efecto, si tales adjudicaciones no son más que un mandato de formalización de la venta realizada por el causante (de modo que carece contenido económico, traslativo y jurídico real alguno) su acceso a los libros registrales está vedado por el artículo 20, párrafo cuarto, de la Ley Hipotecaria. Además, no resulta útil, pues si existe documento privado de la venta realizada, escrito y firmado por el causante, no es necesaria adjudicación alguna a los herederos toda vez que el artículo 20, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria exceptúa de la necesidad de inscripción previa a favor de aquellos los documentos que otorguen ratificando tal contrato privado realizado por el causante; y si no existe tal documento privado suscrito y firmado por el causante, este Centro Directivo ha entendido que es inscribible la escritura de formalización del contrato privado si es otorgada por todos los herederos del vendedor.

Queda claro pues que, a los efectos de la protección que dispensa el Registro de la Propiedad, la simple mención, indicación o reseña de derechos que, por su naturaleza, podrían ser inscritos separadamente no ha de tener trascendencia alguna; de ahí que disponga el artículo 98 de la misma Ley que las menciones no tendrán la consideración de gravámenes y serán canceladas por el registrador a instancia de parte interesada; cancelación que, a su vez, se encuentra enormemente facilitada por el artículo 353.3 del Reglamento Hipotecario.

Siendo que se ha hecho institución de herederos en el testamento, la interpretación de la voluntad del causante es clara: que los herederos sucedan en los bienes y se hagan cargo de las obligaciones del causante, de manera que la voluntad de legar el precio, es beneficiar económicamente a los legatarios, que en este supuesto a la vez son herederos; por tanto, si no se consuma la venta y no se recibe el precio, la voluntad del testador es que los destinatarios del inmueble sean quienes ostentan simultáneamente la condición de legatarios del precio y herederos del remanente.

Resolución de 23-11-2017

(BOE 14-12-2017)

Registro de la Propiedad de Villacarriedo.

#### **RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.**

La revisión de oficio de actos nulos por la Administración constituye «una manifestación extrema de la autotutela administrativa» (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2010), que debe ser interpretada restrictivamente y está sometida a determinados límites. En este caso fue el adjudicatario, persona a cuyo favor se practicó la inscripción, quien solicitó la declaración de nulidad de la adjudicación al haberse publicado el anuncio de subasta de la finca 22.310, mencionando la inexistencia de carga hipotecaria sobre la misma cuando dicha carga resultó estar vigente, error que determinó su participación en la subasta, que no se habría producido si hubiese conocido la subsistencia de la carga. La Tesorería General de la Seguridad Social apreciando la existencia del error y en virtud de la solicitud del interesado procede a la revisión de oficio.

El Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, regula la impugnación

de los actos de gestión recaudatoria en su artículo 46 y en su artículo 47, la revisión de oficio. La rectificación de oficio se desarrolla en el artículo 26 de la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio. En el supuesto de este expediente, resulta clara la competencia de la Tesorería General de la Seguridad Social para la revisión de oficio de la adjudicación.

Es reiterada la doctrina de esta Dirección General, resoluciones de 22 de junio de 1989, 2, 4 y 14 octubre de 1996 o la más reciente resolución de 30 de julio de 2015, que señala que del mismo modo que cabe la rectificación de actuaciones jurídico-reales por resolución de la Administración, aunque estén inscritas en virtud de título no administrativo, con no menor razón debe admitirse la rectificación de situaciones jurídicas reales inscritas en virtud de título administrativo, si en el correspondiente expediente, este, por nueva resolución de la Administración es alterado.

En cuanto al segundo de los defectos, en el caso de este expediente se ha producido la resolución favorable a la titular registral, que reclama la cancelación de la inscripción extendida a su favor por el error producido en la subasta y se acompaña mandamiento ordenando la práctica de los oportunos asientos. Se cumple la ejecución del acuerdo y se cumple por tanto el requisito formal para la práctica de los asientos correspondientes. El acuerdo de enajenación como acto administrativo, se inscribió mediante un documento administrativo sin consentimiento del deudor, y si bien la intervención de la Tesorería de la Seguridad Social en el procedimiento de apremio no implica que sea propiamente la parte transmitente de los bienes embargados, no es menos cierto que actúa en cierto modo en nombre del deudor. Resulta indudable de igual modo que el deudor intervino como demandado, estando por tanto a su alcance ejercitar cuantos derechos le asistieran en el seno del procedimiento, deberá ser también parte interviniente en el procedimiento del cual resulte la anulación de la adjudicación y la reversión de la titularidad del bien a su favor. Bastará con que se trate de expedientes rectificadores en los que la autoridad administrativa interviniente sea competente para la modificación que se acuerde y se cumplan en ella las garantías legales establecidas en favor de las personas afectadas, entendiéndose por tales no solo a los intervinientes en el procedimiento sino a todos los titulares de derechos inscritos a los que la revocación pudiera afectar.

En el supuesto de este expediente, se declara expresamente la nulidad de las cancelaciones de las anotaciones A y B operadas, han intervenido o han tenido posibilidad de hacerlo todos los afectados en el expediente y no existen terceros registrales que pudieran verse afectados, por lo que nada obsta a la reposición de la situación registral anterior a la adjudicación y cancelación anuladas.

Resolución de 27-11-2017

(BOE 14-12-2017)

Registro de la Propiedad de Ortigueira.

#### **REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ALCANCE DEL JUICIO DE SUFICIENCIA RESPECTO DEL AUTOCONTRATO.**

De la interpretación de la referida norma legal por el Tribunal Supremo (sentencia de 23 de septiembre de 2011) y de la doctrina expresada por esta Di-

rección General en numerosas resoluciones cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes. Conforme a ese criterio, para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación. De acuerdo a la misma doctrina citada, el registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de este congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

Por lo que se refiere a la calificación registral de la congruencia entre el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas acreditadas y el contenido del negocio formalizado en la escritura cuya inscripción se pretende, según la doctrina de este Centro Directivo anteriormente referida, se entiende que hay falta de congruencia si el citado juicio notarial es erróneo, bien por resultar así de la existencia de alguna norma que exija algún requisito añadido como, por ejemplo, un poder expreso y concreto en cuanto a su objeto, bien por inferirse el error de los datos contenidos en la misma escritura que se califica, u obrantes en el propio Registro de la Propiedad o en otros registros públicos que el notario y el registrador de la propiedad pueden consultar.

Cabe también recordar que, según la doctrina de esta Dirección General (*vid.*, entre otras, las resoluciones de 9 de julio de 2014, 20 de octubre de 2015, 26 de mayo y 3 de agosto de 2016 y 9 de marzo de 2017), al emitir el juicio de suficiencia de facultades representativas acreditadas, el notario debe hacer mención expresa a la facultad de autocontratar o a la autorización para incurrir en conflicto de intereses. Razón por la cual el registrador, antes de practicar el asiento, deberá calificar, conforme a dicho precepto, si se da, según el contenido del título, el supuesto de autocontratación con conflicto de intereses y en caso afirmativo, si existe la licencia, autorización o ratificación del «*dominus negotii*» que permita salvar dicha autocontratación. En el caso al que se refiere el presente recurso, es indudable que existe autocontrato y que es válido porque se ha autorizado expresamente en el poder de representación, pero esta última circunstancia debe ser objeto de la correspondiente indicación por la notaría en la expresión de su juicio sobre la suficiencia de las facultades representativas acreditadas por el apoderado. Por ello, tal defecto debe ser confirmado.

Cuestión diferente es la relativa a la incongruencia que, a juicio de la registradora, existe entre el juicio notarial de suficiencia de tales facultades y el contenido

del título presentado por el hecho de que «no se produce ninguna “aceptación y adjudicación” a favor del poderdante». Esta última objeción, en los términos en que se expresa en la calificación impugnada, no puede ser confirmada toda vez que según consta expresamente en la escritura calificada el apoderado acepta la herencia, en su propio nombre y también en representación del poderdante. Además, también según interviene, expresa que poderdante y apoderado acuerdan adjudicar todas las fincas descritas a este.

Resolución de 27-11-2017

(BOE 14-12-2017)

Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana.

**EXPROPIACIÓN FORZOSA: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN. CONDICIONES:  
LA *CONDITIO IURIS* NO PUEDE ELEVARSE A *CONDITIO FACTI*.**

Al levantar las respectivas actas previas de ocupación presentadas ahora en el Registro de la Propiedad, del examen de las mismas resultan que en ellas se contiene la mención expresa, no solo de cuál sea la superficie de servidumbre o de pleno dominio afectada por la expropiación para cada parcela catastral, coincidente con la expresada en las publicaciones previas en el «Boletín Oficial del Estado», sino que incluso se remite a las coordenadas UTM de cada porción afectada reflejadas en planos adjuntos. Y tras ello, dichas actas, en esencia, vienen a expresar que respecto de los concretos propietarios que detallan, y que en conjunto reúnen el 98,572% indiviso de la finca registral en cuestión, (que es la número 1554 de Agüimes), al haberse suscrito con ellos convenio para la constitución de derecho de superficie «sobre las superficies estrictamente necesarias para construir, mantener y explotar las instalaciones afectas a las plantas de energía eólica» y haberse alcanzado mutuo acuerdo en relación con la indemnización derivada de las afecciones correspondientes, el acta queda elevada a acta de ocupación.

El artículo 151 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, señala que «en cualquier momento, el solicitante de la declaración de utilidad pública podrá convenir libremente con los titulares de los necesarios bienes y derechos la adquisición por mutuo acuerdo de los mismos. Este acuerdo, en el momento de declararse la utilidad pública de la instalación, adquirirá la naturaleza y efectos previstos en el artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa, causando, por tanto, la correspondiente conclusión del expediente expropiatorio».

En el presente supuesto, para poder practicar tanto la anotación preventiva en virtud del acta previa a la ocupación de los derechos afectados del titular de 1,428% indiviso de la finca, como la inscripción en virtud de acta de ocupación de los derechos afectados de los titulares de 98,578% indiviso restante, ha de quedar concretado de manera indubitada en las respectivas actas, bien mediante inserción literal, o bien mediante remisión indubitada a otro documento complementario, cuál sea el concreto derecho afectado y objeto de expropiación (ya sea pleno dominio o servidumbre) y la concreta porción física afectada por cada derecho.

Cuestión distinta es la posibilidad de inscribir el meritado convenio suscrito al amparo del artículo 24 de la Ley sobre expropiación forzosa considerando

que no consta el consentimiento de la totalidad de los propietarios de la finca para la constitución del derecho de superficie acordado, lo cual es señalado por el registrador como segundo defecto de la nota de calificación. La concurrencia de este defecto, por infracción del principio de tracto sucesivo que consagra el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, es reconocida por los propios interesados al suscribir tal convenio.

Junto a la auténtica condición, se encuentra la denominada «*conditio iuris*» sobre la que hay cierto consenso en incluir, dentro de esta categoría, a hechos ajenos o extrínsecos al negocio mismo, pero cuya existencia es exigida por el legislador para que el negocio surta efectos. En esta categoría quedaría englobada la condición que nos ocupa, pues se refiere precisamente a la prestación de consentimiento requerida para tener la totalidad del poder de disposición sobre el objeto del negocio y para que pueda considerarse cumplido el principio de tracto sucesivo, como presupuesto imprescindible para que el convenio suscrito pueda tener acceso al Registro de la Propiedad. La consecuencia, de la diferencia entre ambas, en lo que aquí interesa, consiste en que la «*conditio iuris*» no puede elevarse a «*conditio facti*». Como ya ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General (cfr. resolución de 5 de marzo de 2015), las partes no pueden poner en condición accidental lo que la propia Ley exige para la eficacia del negocio. En el ámbito notarial y registral, especialmente, pues sería una vía fácil de burlar las exigencias legales. Por todo ello, debe confirmarse el segundo defecto en cuanto a que se incumple el principio de tracto sucesivo para la inscripción del derecho de superficie, sin que este principio básico del sistema registral pueda eludirse mediante el establecimiento de una condición suspensiva.

Resolución de 27-11-2017

(BOE 14-12-2017)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 6.

#### PLUSVALÍA MUNICIPAL: LEVANTAMIENTO DEL CIERRE REGISTRAL.

El llamado cierre registral en tanto se acredite el cumplimiento de las obligaciones tributarias por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana aparece regulado, para el ámbito municipal del término de Madrid, por la disposición adicional sexta de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid. Y con efectos en todo el territorio nacional por el apartado 5 del artículo 254 de la Ley Hipotecaria. En virtud de la habilitación legal que resulta del artículo 110.4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, el Ayuntamiento de Madrid ha aprobado la correspondiente Ordenanza Fiscal estableciendo como obligatorio el sistema de autoliquidación por el sujeto pasivo (*vid.* art. 24.1 de la Ordenanza). No obstante este carácter obligatorio, la misma Ordenanza permite presentar declaración ante la Administración Tributaria Municipal cuando el sujeto pasivo considere que la transmisión deba declararse exenta, prescrita o no sujeta (art. 26 de la Ordenanza). Esta declaración deberá cumplir los mismos requisitos y acompañar la misma documentación que exige el artículo 25 para el caso de autoliquidación, además de la pertinente en que fundamente su pretensión. Con independencia de ello, tienen obligación de comunicar al Ayuntamiento la realización del hecho imponible, aunque no sean sujetos pasivos, el donante en los supuestos de

transmisión a título lucrativo «*inter vivos*», y el adquirente en los supuestos de transmisión onerosa.

Su artículo 33 exige, para que el registrador pueda practicar la inscripción del documento, que se presente alguno de estos documentos: a) el ejemplar original de la autoliquidación con la validación bancaria del ingreso; b) la declaración tributaria debidamente sellada en las oficinas municipales; c) la comunicación a que se refiere el artículo 27 de la ordenanza, que podrá realizar directamente en las oficinas del Registro de la Propiedad en el impreso al efecto. En el caso de autoliquidación, que para el caso de Madrid es obligatorio siempre que resulte importe a ingresar conforme al artículo 24.1 de la Ordenanza Fiscal, se liberará del cierre registral presentando el ejemplar original de la autoliquidación con la validación bancaria del ingreso. En caso de comunicaciones, se ha considerado suficiente por este Centro Directivo (*vid.* resoluciones de 3 de junio de 2013 y 6 de febrero de 2015) acreditar la remisión del documento correspondiente a través de cualquiera de las oficinas que señala el artículo 16 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, entre ellas las oficinas de Correos a las que se encomienda la prestación del Servicio Postal Universal, siempre que se cumplan las formalidades previstas en el artículo 31 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre. Puede concluirse que, con relación al procedimiento registral y, en concreto, al levantamiento del cierre registral motivado por la acreditación de cuestiones fiscales, la legislación exige que el documento conste presentado ante la Administración Tributaria competente para exigirlo, y no en cualquier otra oficina pública. Y ello con independencia que, con efectos fiscales, el contribuyente puede presentar la declaración en cualquiera de las oficinas a las que se refiere el artículo 16.4 de la vigente Ley del Procedimiento Administrativo Común, surtiendo tal presentación efectos en el procedimiento tributario de referencia, según su propia normativa.

Resolución de 28-11-2017

(BOE 14-12-2017)

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 3

**PRINCIPIO DE PRIORIDAD: TÍTULOS PRESENTADOS CON POSTERIORIDAD AL QUE ES OBJETO DE CALIFICACIÓN.**

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (por todas, resoluciones de 6 de julio de 2011, 7 de mayo de 2013 y 31 de enero de 2014), que la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del título que se califica y de la situación tabular existente en el momento mismo de su presentación en el Registro. Esto significa que los registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad con el fin de evitar asientos inútiles. Esta misma doctrina ha exigido siempre que se respete el principio de prioridad registral, de modo que la calificación conjunta de los documentos presentados no puede comportar una alteración injustificada en el orden de despacho de los mismos. Aquí ya no existe conflicto entre títulos o derechos incompatibles, no estamos ante un problema de prioridad sino de validez y en consecuencia y por aplicación del principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, procede la exclusión del título inválido sin que pueda apelarse al principio de prioridad para evitarlo.

En el presente expediente se plantea, si la licencia concedida por el alcalde de una entidad de ámbito inferior al municipio es suficiente título administrativo habilitante a los efectos de la inscripción de la escritura de segregación de finca rústica, cuando consta presentada con anterioridad a la nota de calificación la resolución del órgano competente del Ayuntamiento de Talavera de la Reina por la que inicia expediente de disciplina urbanística acordando la revisión de oficio de la disposición de aquella entidad por nulidad de pleno derecho y la medida cautelar de suspensión de efectos de la misma. De acuerdo con la normativa expuesta es clara la competencia del Ayuntamiento de Talavera de la Reina en relación al control de la legalidad urbanística en su ámbito municipal, sin perjuicio de las competencias que, por delegación del mismo, pueda asumir la entidad de ámbito inferior al municipio de Talavera La Nueva. Sin embargo, en el presente supuesto, lo que la registradora considera defecto impeditivo de la inscripción, es el hecho de constar presentado, y anotado, el expediente de disciplina urbanística incoado por el Ayuntamiento de Talavera de la Reina que, como órgano competente, por considerar que existe una actuación ilegal amparada en un acto administrativo, acuerda la medida cautelar de suspensión de la eficacia de la mencionada disposición.

Por lo que estando presentada, en este caso incluso anotada, la medida cautelar adoptada por el Ayuntamiento de Talavera de la Reina, cuya competencia para ello no cabe discutir en este caso, conforme a la normativa de aplicación directa antes citada, ciertamente debe concluirse que se desvirtúa, mediante la suspensión acordada, al menos cautelarmente, la eventual eficacia de la licencia concedida por la entidad de ámbito inferior al municipio, cuya validez deberá ventilarse definitivamente en el seno del procedimiento administrativo y, en su caso, judicial pertinente, como resulta del citado artículo 179 de la ley autonómica. Siendo la calificación registral global y unitaria —artículo 258 de la Ley Hipotecaria—, el principio de prioridad registral y orden de presentación de documentos, no debe obstar a calificar negativamente un título cuando la presunta validez del mismo resulta contradicha por otro presentado posteriormente.

Resolución de 28-11-2017

(BOE 14-12-2017)

Registro de la Propiedad de Villafranca del Bierzo.

#### **ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD Y REPERCUSIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TS DE 12 DE MARZO DE 2007 Y 7 DE JULIO DE 2017.**

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.a del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de esta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes (cfr. resoluciones de 28 de noviembre de 2001 y 11 de abril de 2002). Aunque a la

fecha de adjudicación estuviese vigente la anotación, la resolución judicial no implica prórroga del plazo de vigencia de la anotación y debe estarse a la fecha de su presentación en el Registro de la Propiedad, según resulta de los preceptos citados en los precedentes vistos.

Basta que el rematante inscriba su adquisición dentro de la vigencia de la anotación que le protege para que mantenga su virtualidad cancelatoria, pero parece sin embargo desproporcionado que, en sede registral, sin una declaración clara y terminante de la ley al respecto, en sede registral, se reconozca una eficacia cancelatoria de anotaciones posteriores a una anotación caducada, por el hecho de haberse expedido la certificación de dominio y cargas.

En cuanto al contenido de las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2007 y la de 23 de febrero de 2015, recogidas en los precedentes «Vistos», ha de señalarse, en primer lugar, que están dictadas ambas, en relación a supuestos de hecho regidos por la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, y no por la actual; además, la primera de ellas establece claramente en su fundamento tercero que: «Es la propia parte recurrente la que, en el desarrollo del motivo, afirma que en ningún momento está recurriendo la calificación del registrador denegando la cancelación de las cargas posteriores ni la caducidad de su anotación de embargo, por lo que carece de sentido sostener que dicha norma ha sido infringida, sin perjuicio de que la pretensión de no afectación de la adquisición del dominio por los embargos que figuran en el Registro anotados con posterioridad a su propia anotación pueda sostenerse invocando la adecuada aplicación de otras normas jurídicas». El estricto ámbito de la calificación no permite entrar en valoraciones sobre preferencia civil de embargos, que quedan reservadas a los procedimientos judiciales contenciosos, y fuera del ámbito de la seguridad jurídica preventiva, en la que la caducidad opera de manera automática. En la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de enero de 2017, y las que esta recoge entre sus «Vistos», queda claro que la caducidad de la anotación determina que el beneficiado ha perdido el derecho que la legislación procesal y registral le reconoce de purgar directamente y sin más trámites las cargas posteriores, aunque ello no significa que deba soportarlas, sino que la liberación debe ser acordada en un procedimiento distinto en el que sean parte los interesados, y en el que el juez se pronuncie sobre tal extremo en particular. En el procedimiento que motiva la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017, si bien se trata de una demanda directa contra la calificación registral, han sido demandados los titulares de las anotaciones preventivas posteriores a la que motiva la ejecución.

En cuanto al segundo de los defectos recogidos en la nota de calificación, no cabe sino confirmarlo puesto que el dato del estado civil es uno de los que necesariamente debe constar en la inscripción, y por ende en el título que la motiva, de conformidad con el artículo 9.4 de la Ley Hipotecaria y 51.9.a del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 28-11-2017

(BOE 14-12-2017)

Registro de la Propiedad de Pedreguer.

#### **PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: INSCRIBIBILIDAD.**

Aunque muchas sentencias se pronuncian sobre la validez del pacto de reserva de dominio en relación a bienes inmuebles, es cierto que ha sido en el ámbito de



la regulación de los bienes muebles donde ha encontrado el reconocimiento legal. Y es que, con independencia del mayor o menor desarrollo normativo en uno y otro ámbito, su fundamento, su razón de existir es la misma: el principio de autonomía de la voluntad de las partes consagrado en el artículo 1255 de nuestro Código Civil. Aunque el pacto de reserva supone la dilación de la transmisión del dominio a un momento posterior, el del completo pago del precio, no por ello deja de desenvolver unos efectos que han sido reconocidos reiteradamente por la jurisprudencia y que merecen la oportuna protección del Registro. En definitiva, produciéndose efectos jurídicos reales que afectan tanto al ámbito de las facultades del vendedor y del comprador (transmisión de su posición jurídica), como al ámbito de su respectiva responsabilidad patrimonial frente a terceros (embargo de su respectiva posición jurídica), resulta evidente la oportunidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Aunque es cierto que no cabe suponer la utilización fraudulenta del principio de autonomía de la voluntad, no cabe olvidar la garantía que suponen el pacto de reserva de dominio y el efecto resolutorio en caso de impago. Es por ello, que este Centro Directivo en su resolución de 4 de diciembre de 2010 afirmara que «por ello, resulta aplicable —en último término, por vía analógica— la norma del artículo 175.6.º del Reglamento Hipotecario, de modo que para la constancia de la extinción de la titularidad del comprador habrá de presentarse el documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o Caja Oficial el importe percibido que haya de ser devuelto a dicho comprador o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución, requisito que se justifica porque la ineficacia del contrato produce, respecto de una y otra parte, el deber de «restituirse lo que hubiesen percibido», en los términos que resultan del artículo 1123 del Código Civil. Lo que ocurre en el presente expediente es que se ha pactado expresamente la no devolución de cantidad alguna por parte del vendedor pacto que las partes consideran esencial. Como ha quedado expresado este pacto no es admisible, por lo que este defecto debe ser confirmado.

La naturaleza jurídica del pacto de reserva de dominio ha sido objeto de una larga y tradicional discusión (*vid.* resolución de 12 de mayo de 2010), destacando, por haber sido acogida por la doctrina de nuestro Tribunal Supremo aquella postura que la asimila con una condición suspensiva, por cuanto se suspende la transmisión del dominio hasta el momento del completo pago del precio. Esta asimilación, que hay que enmarcar en la decidida voluntad del Tribunal Supremo de no dejar desamparado al comprador, tiene por tanto más que ver con la aplicación de las normas de protección previstas para tal supuesto por el ordenamiento jurídico, que con una afirmación técnica de identidad entre el pacto y la condición.

El hecho de que los efectos del negocio pactado se puedan alcanzar de modo igual o similar mediante el recurso a negocios típicos previstos y regulados en el ordenamiento jurídico no puede determinar su rechazo. No pueden compartirse las afirmaciones subsiguientes de la nota de la registradora que afirman que el pacto contenido en la escritura se aleja de la previsión legal de garantía del precio aplazado (art. 11 de la Ley Hipotecaria), y que, rectamente interpretado, no es más que una condición o causa resolutoria de las contempladas en el artículo 1504 del Código Civil, que debe ser la fórmula a utilizar.

Tampoco puede aceptarse el rechazo a la inscripción fundamentado en el principio de especialidad y en la incertidumbre derivada de la situación de pendencia, pues nada diferencia dicha situación de otras similares y plenamente

aceptadas en las que el ordenamiento prevé mecanismos para la defensa de los intereses afectados.

Resolución de 29-11-2017

(BOE 20-12-2017)

Registro de la Propiedad de Córdoba, número 3.

#### SOCIEDADES MERCANTILES: ACTIVOS ESENCIALES.

La finalidad de la disposición del artículo 160.f), como se desprende de la ubicación sistemática de la misma (en el mismo artículo 160, entre los supuestos de modificación estatutaria y los de modificaciones estructurales), lleva a incluir en el supuesto normativo los casos de «filialización» y ejercicio indirecto del objeto social, las operaciones que conduzcan a la disolución y liquidación de la sociedad, y las que de hecho equivalgan a una modificación sustancial del objeto social o sustitución del mismo. Pero debe tenerse en cuenta, que dada la amplitud de los términos literales empleados en el precepto («la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales»), surge la duda razonable sobre si se incluyen o no otros casos que, sin tener las consecuencias de los ya señalados, se someten también a la competencia de la Junta general por considerarse que exceden de la administración ordinaria de la sociedad.

Según la sentencia del Tribunal Supremo número 285/2008, de 17 de abril, los consejeros delegados de una sociedad anónima carecen de poderes suficientes para otorgar la escritura pública de transmisión de todo el activo de la compañía (en el caso enjuiciado, las concesiones administrativas de transportes, tarjetas de transporte y autobuses, dejando a la sociedad sin actividad social) sin el conocimiento y consentimiento de la Junta. Pero debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—. Por ello, es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la Junta general. No obstante, es necesario que el notario despliegue la mayor diligencia al informar a las partes sobre tales extremos y reflejar en el documento autorizado los elementos y circunstancias necesarios para apreciar la regularidad del negocio y fundar la buena fe del tercero que contrata con la sociedad.

Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del Tribunal Supremo transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción.

Como se ha expuesto anteriormente, el artículo 160.f) somete a la competencia de la Junta general los actos de enajenación de activos esenciales porque pueden tener efectos similares a las modificaciones estructurales o equivalentes al de la liquidación de la sociedad o, porque se considera que excede de la ad-

ministración ordinaria de la sociedad. Por ello, tal cautela carece de justificación en caso de enajenaciones que no son sino actos de realización del nuevo objeto social liquidatorio. Es la norma legal la que, con la apertura de la liquidación, no solo faculta sino que impone al órgano de administración la enajenación de los bienes para pagar a los acreedores y repartir el activo social entre los socios (*vid.* el artículo 387 de la Ley de Sociedades de Capital, sin que constituya óbice alguno a esta conclusión lo dispuesto en el artículo 393 de la misma ley).

Resolución de 29-11-2017

BOE 20-12-2017

Registro de la Propiedad de Manises.

OBRA NUEVA: REQUISITOS FINAL DE OBRA. OBRA NUEVA: SEGURO DECENAL.

No es necesaria la concesión de un plazo especial para subsanar los errores advertidos 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 defectos expresados en la calificación.

Aunque la redacción de la resolución administrativa habría sido de mayor claridad si hubiera identificando los elementos respecto de los que se concede la licencia de primera ocupación de un modo más preciso (por ejemplo, concretando los números de las calles con los que lindan, haciendo referencia al número de finca registral, a su descripción registral, o a su titular; habida cuenta de que cada vivienda corresponde a titulares distintos), lo cierto es que de la observancia de la descripción y linderos que figuran en el Registro se infiere que la vivienda a la que se refiere la resolución de la Alcaldía es la vivienda situada en planta primera, tipo «D», puerta cuatro.

El defecto invocado por la registradora consistente en que no se aporta el certificado de eficiencia energética de una de las viviendas cuya terminación de obra se declarada debe ser confirmado. El artículo 28.1, párrafo segundo, del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana así lo exige. No hay duda de que en el presente caso debe exigirse el certificado de eficiencia energética respecto de todos los elementos cuya terminación se declara, sin que puedan admitirse los argumentos esgrimidos por el recurrente consistentes, por un lado, en ser la normativa aplicable de fecha posterior a la de la terminación de la obra (que data del año 2013 según se hace constar en el acta notarial), y, por otro, que se trata de autopromotor. En relación con la eficacia temporal de las normas en esta materia, hay que recordar que, en materia de inscripción de actos o negocios jurídicos regulados por las normas urbanísticas de trascendencia inmobiliaria, el registrador debe basar su calificación, no solo en la legalidad intrínseca de los mismos, sino también en las exigencias especiales que las normas exigen para su documentación pública e inscripción registral. De la regulación legal se desprende que la eficiencia energética es un atributo exigible a toda edificación nueva, que es indiferente del uso a que se destine la edificación (salvo excepciones) y que tiene por finalidad la promoción de que todos los edificios dispongan de unas características mínimas en el uso de la energía como objetivo de política urbanística y de edificación.

El certificado final de obra expedido por técnico competente es una exigencia que viene impuesta por el artículo 28.1, párrafo segundo, del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. En este caso se cumplen íntegramente las exigencias impuestas por tales normas. En primer lugar, al acta se acompaña un certificado de final de obra expedido por los directores de ejecución de la misma, visado por el Colegio Oficial de Aparejadores, Arquitectos Técnicos e Ingenieros de la Edificación de Valencia. En segundo lugar, tales técnicos certificantes comparecen en el otorgamiento del acta para manifestar la terminación de la obra conforme al proyecto y demás circunstancias que se reflejan en aquella, emitiendo respecto de los mismos el notario autorizante el pertinente juicio de identidad y capacidad, y por ende cumpliéndose íntegramente lo previsto por el artículo 49.1 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Constando la declaración de obra nueva en construcción como un todo unitario, no existe inconveniente en que la constancia de la terminación pueda ser parcial, por fases e incluso por pisos; pues puede ocurrir en la práctica que haya elementos no terminados, sin que ello obste a la inscripción de la terminación de otros, siempre que se acredite debidamente, como sucede en ocasiones con los locales. La terminación por fases o entidades exige acreditar, no solo la terminación de la vivienda, sino también de los correspondientes elementos comunes.

Finalmente, debe confirmarse el defecto relativo a la falta de acreditación de la constitución del seguro decenal. La ley exige un doble requisito, subjetivo y objetivo, para admitir la exoneración del seguro, pues ha de tratarse de un «autopromotor individual» y, además, de «una única vivienda unifamiliar para uso propio» (cfr., por todas, las resoluciones de 11 de febrero y 9 de julio de 2003 y resolución-circular de 3 de diciembre de 2003). En relación con el requisito subjetivo, es doctrina reiterada de esta Dirección General que el concepto de autopromotor individual no debe ser objeto de interpretaciones rigoristas o restrictivas, sino que ha de interpretarse de forma amplia. En esta línea interpretativa la resolución-circular de 3 de diciembre de 2003 afirmó la inclusión dentro del mismo de la denominada «comunidad valenciana» para la construcción de edificios; si bien únicamente cuando las circunstancias arquitectónicas de la promoción de viviendas así lo permitan, y respecto de cada uno de los promotores que se asocien en cuanto a su propia vivienda unifamiliar para cuya construcción se han constituido en comunidad. En relación con los requisitos objetivos de la excepción, la reforma introducida por la Ley 53/2002 exige la concurrencia de los siguientes extremos a efectos de excluir la necesidad de constituir el seguro decenal en el momento de declarar la obra nueva: a) que se trate no solo de vivienda, cuyo concepto se determina por el uso a que se destina (resolución de 24 de mayo de 2001), sino que esta vivienda sea «unifamiliar»; b) que la vivienda se destine a «uso propio», y c) que se trate de «una única» vivienda. El concepto de vivienda unifamiliar viene dado por unas características constructivas y arquitectónicas determinadas, y especialmente por una concreta ordenación jurídica, que configuran a la edificación como autónoma, separada y que se destina a un uso individual. Jurídicamente se estructura como una única entidad física y registral, susceptible de una sola titularidad. Por lo que respecta al concepto de «vivienda destinada a uso propio», se entiende toda aquella que tienda a este uso por parte del autopromotor y que no pretenda estar destinada originariamente a posterior enajenación, entrega o cesión a terceros.

Pues bien, en el presente caso no concurren tales requisitos subjetivos ni objetivos. En primer lugar, la declaración de final de obra es realizada por los titulares comparecientes de forma conjunta, y no de forma separada respecto de cada una de las viviendas. En el presente caso, sin embargo, no concurre esta independencia estructural de las tres viviendas, situadas dos de ellas en la planta baja y la tercera en la planta primera del edificio, e integradas en un mismo régimen de propiedad horizontal, del que precisamente son elementos comunes e inseparables el «suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas...» (cfr. art. 396 del Código Civil), lo que imposibilita dicha asimilación.

Resolución de 29-11-2017

(BOE 20-12-2017)

Registro de la Propiedad de La Bañeza.

#### EXPEDIENTE DEL ARTÍCULO 201 DE LA LH: ÁMBITO.

Se plantea en este expediente, como primer defecto, si es posible la tramitación del procedimiento para la rectificación de descripción de una finca previsto en el artículo 201 cuando consta declarada en el Registro una edificación sobre la misma. Resulta indudable que la excepción contemplada no impide la tramitación del expediente para la rectificación de descripción, la superficie y linderos, de una finca sobre la que se asienta una edificación, siendo lo que queda excluido del expediente la edificación misma o, caso de estar dividida horizontalmente, las fincas o elementos integrantes de dicho régimen de propiedad horizontal. La rectificación de una edificación debe cumplir los requisitos propios de una modificación de obra nueva. Por tanto, es admisible la tramitación del procedimiento exclusivamente para rectificar la descripción del suelo, con independencia de que exista o no sobre el mismo una edificación.

Como señaló este Centro Directivo en sus resoluciones de 10 de noviembre de 2016 y 19 de julio de 2017, la escritura pública no es el único título formal en el que puede declararse la existencia de edificaciones para su constancia registral. Actualmente, siendo el procedimiento del artículo 201.1 heredero del anterior expediente de dominio para la acreditación de exceso de cabida, cabe incluir sin duda este nuevo procedimiento en la doctrina citada, de modo que no cabe excluir en el acta notarial en el que se documente entre «los títulos referentes al inmueble» a los que se refiere el artículo 202 de la Ley Hipotecaria.

En cuanto a la ubicación de la finca, esta Dirección General ya ha declarado que la certificación catastral es un documento hábil para acreditar circunstancias tales como el cambio de nombre o de número de la calle, siempre que no existan dudas de las identidad de la finca y sobre la base de lo dispuesto en los artículos 437 del Reglamento Hipotecario y 3, 11 y 45 de la Ley del Catastro Inmobiliario (cfr. resoluciones de 16 de mayo de 2012 y 19 de febrero de 2015). La previsión del apartado 2 del artículo 201 permite que tal alteración del nombre y número de calle pueda efectuarse sin que sea necesario tramitar el procedimiento del apartado 1, acudiendo a lo reglamentariamente previsto (art. 437 del Reglamento Hipotecario). Sin embargo, ello no puede entenderse, como hace el registrador, en el sentido de que en el curso del procedimiento del artículo 201.1 no pueda acreditarse tal alteración con la documentación correspondiente (en el caso que nos ocupa, la certificación catastral incorporada).

Resolución de 30-11-2017

(BOE 20-12-2017)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

#### ANOTACIÓN DE EMBARGO: SOBRE EL DERECHO HEREDITARIO.

Como cuestión procedimental previa debe recordarse que según reiterada jurisprudencia hipotecaria, en los recursos, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma, es decir, que hayan sido calificados por el registrador, sin que sea admisible que se aporten al interponer el recurso; sin perjuicio de que los interesados puedan volver a presentar los títulos cuya inscripción no se admitió, en unión de los documentos aportados durante la tramitación del recurso a fin de obtener una nueva calificación. Por otro lado, como también ha recordado este Centro Directivo en bastantes ocasiones, no pueden admitirse en el Registro meras fotocopias.

Entrando en el fondo de la controversia, con carácter previo hay que señalar que el artículo 166 del Reglamento Hipotecario, al regular los requisitos de extensión de las anotaciones de embargo seguidos contra herederos indeterminados o determinados del titular registral, está aplicando el principio de tracto sucesivo si bien con la peculiaridad de que los bienes no constan aun inscritos a favor de los demandados. El principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución Española, en su aplicación procesal y registral, implica que los procedimientos deben ir dirigidos contra el titular registral o sus herederos, y que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el registrador; al estar incluida dentro del ámbito de calificación de documentos judiciales contemplado en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Como señaló la resolución de 9 de julio de 2011, convendría a este respecto recordar que la calificación del registrador del tracto sucesivo (art. 20 de la Ley Hipotecaria) será distinta en cada uno de los supuestos siguientes: a) procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido antes o durante el procedimiento: deberá acreditarse al registrador que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de aquel, además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador, si los herederos fueran ciertos y determinados, que la demanda se ha dirigido contra estos indicando sus circunstancias personales (art. 166.1.<sup>ª</sup>, párrafo primero, del Reglamento Hipotecario), sin que proceda en este caso aportar los títulos sucesorios. Si los herederos fueran indeterminados se abordará posteriormente la circunstancia relativa a la herencia yacente.; b) procesos ejecutivos por deudas de los herederos ciertos y determinados del titular registral: además del fallecimiento deberá acreditarse al registrador que la demanda se ha dirigido contra estos, indicando sus circunstancias personales y acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (art. 166.1.<sup>ª</sup>, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario), y c) procesos ejecutivos por deudas de herederos indeterminados —herencia yacente— del titular registral: será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, o bien que se acredite en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia,

o bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente.

Como ha señalado este Centro Directivo en resoluciones citadas en los «Vistos», si bien es posible anotar, por deudas del heredero, bienes inscritos a favor del causante en cuanto a los derechos que puedan corresponder a aquel sobre la total masa hereditaria de la que forma parte tal bien, es para ello imprescindible la acreditación de tal cualidad de heredero la cual no está plenamente justificada por el solo hecho de ser el ejecutado hijo del titular registral. Dada la posibilidad de que concurren causas que impidan o hagan ineficaz el hipotético llamamiento de un hijo, resulta imprescindible la presentación del título sucesorio, que no puede ser otro que cualesquiera de los que enumera el artículo 14 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 1-12-2017

(BOE 27-12-2017)

Registro de la Propiedad de Requena.

#### PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo en las sentencias relacionadas en «Vistos», que el registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el artículo 100 del Reglamento Hipotecario permite al registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial.

Es consecuencia de lo anterior la doctrina de este Centro Directivo que impone que en los casos de herencias yacentes, toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente. Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que el nombramiento del defensor judicial no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa y 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.

El problema surge respecto de la otra titular registral, ya que como señala la registradora no puede entenderse que el demandado don J. L. V. también represente los intereses de la herencia yacente de la titular registral doña M. R. M. Y ello porque a la vista de los documentos que se aportan al procedimiento judicial relativos a doña M. R. M., esto es los certificados de su defunción y de últimas voluntades sin testamento otorgado, el certificado de su matrimonio con don L. A. P., y un informe del alcalde expresivo de que no se le conocen descendientes ni familiares, no resulta que el demandado don J. L. V. A. pueda ser considerado interesado en la herencia yacente de la titular registral doña M. R. M.

Resolución de 1-12-2017

(BOE 27-12-2017)

Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor, 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. 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 1-12-2017

(BOE 27-12-2017)

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 3

**SOCIEDADES MERCANTILES: EFICACIA FRENTE A TERCEROS DEL CESE DE UN ADMINISTRADOR.**

Ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, en base al mismo fundamento legal (por todas, resoluciones de 23 de diciembre de 2010, 7 de septiembre de 2015, 14 de diciembre de 2016 y 17 de febrero de 2017), que en la tramitación del expediente de recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el registrador (y que han sido aportados al interponer el recurso). En consecuencia, no procede llevar a cabo un pronunciamiento en relación a



documentos que no se pusieron a disposición de la registradora de la propiedad al tiempo de llevar a cabo su calificación.

De conformidad con lo establecido en el párrafo tercero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, por lo que solo dichos tribunales pueden declarar la nulidad de un asiento. Y no solo ello es así, sino que, además, debe ser en procedimiento dirigido contra todos aquellos a quienes tal asiento conceda algún derecho (art. 40 «in fine» de la Ley Hipotecaria). En el mismo sentido, el artículo 7.1 del Reglamento del Registro Mercantil, en concordancia con el artículo 20.1 del Código de Comercio, dispone que «el contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad». No cabe instar recurso alguno frente a la calificación positiva del registrador por la que se extiende el correspondiente asiento. Por ello, de admitirse por esta Dirección General la anulación de un asiento, sería lo mismo que admitir el recurso contra una inscripción realizada y amparada por la legitimación registral.

Tiene razón la registradora cuando afirma que del artículo 20 del Código de Comercio y del artículo 7 del Reglamento del Registro Mercantil resulta que el contenido del Registro Mercantil se presume exacto y válido así como que su contenido se encuentra bajo la salvaguarda de los tribunales. No es esta sin embargo la cuestión trascendente a los efectos de la presente sino si dicha inscripción, cuyo contenido no puede ser discutido en el ámbito de este expediente de recurso, era o no oponible a tercero en el momento de autorización de la escritura presentada a calificación e inscripción. El artículo 21, en sus apartados 1 y 4 del CCo.: «1. Los actos sujetos a inscripción solo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción (...) 4. La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción». El contenido de dicho precepto (que consta de forma idéntica en el artículo 9, apartados 1 y 4, del Reglamento del Registro Mercantil), es el que determina el sentido de la presente. En un supuesto que guarda gran similitud con el que da lugar a la presente (compraventa por consejeros cesados con cese no inscrito en el Registro Mercantil), nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 17 abril de 1998, había establecido: «(...) no puede desconocerse que el contenido del Registro Mercantil se presume exacto y válido, que los actos sujetos a inscripción solo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y que la buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción».

Llegados a este punto solo cabe reiterar la estimación del recurso. Sin perjuicio de la presunción de validez y exactitud de los asientos practicados en el Registro Mercantil, específicamente de la inscripción 6ª de la hoja social, es su eficacia frente a la adquirente la que no puede mantenerse. De la documentación presentada en el Registro de la Propiedad resulta que el cese del administrador que representa a la sociedad vendedora se produce el día 2 de octubre de 2013, día en que se presenta en el Registro Mercantil el documento correspondiente, procediéndose a la inscripción el día 15 siguiente. Consta igualmente que la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» no se produce hasta el día 24 de octubre de 2013 por lo que el contenido de la inscripción de cese

no puede perjudicar a quien, el día 14 de octubre de 2013, había adquirido la cuota de inmueble. Si la sociedad considera que la adquirente no ostenta la condición de tercero por no reunir los requisitos establecidos en el artículo 21.4 del Código de Comercio, tiene abierta la vía jurisdiccional para la defensa de su posición jurídica.

Resolución de 4-12-2017

(BOE 27-12-2017)

Registro de la Propiedad de Majadahonda, número 2.

**HERENCIA: ÁMBITO DE ACTUACIÓN DEL ADMINISTRADOR DESIGNADO POR EL TESTADOR PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEJADOS A UN MENOR.**

Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: en el testamento del causante, la madre que ejerce la patria potestad ha sido excluida expresamente de la administración de los bienes de la hija «si se diere el caso» y se nombra un administrador de los bienes de la menor para ese supuesto que en su caso será designado tutor; en la escritura de adjudicación de herencia intervienen los herederos y la hija menor representada por la madre que ejerce la patria potestad y se adjudican los bienes en pro indiviso de las participaciones que les corresponden; el administrador nombrado compareció en la escritura de adjudicación de herencia y ha renunciado a su cargo en el número siguiente de protocolo.

La autorización judicial de la venta de los bienes realizada posteriormente no puede tenerse en consideración a efectos de la resolución de este expediente, no solo porque la herencia y la venta son actos distintos y aquella no es objeto del procedimiento judicial instado para la autorización de la venta, sino porque, además, el documento judicial de autorización no ha sido presentado a calificación a los efectos de poder ser valorado. El testador hace la designación de administrador «si se diere el caso» y de tutor «si fuere necesaria esta forma de representación», es decir, solo para el supuesto de que la hija no tuviera capacidad para administrar los bienes por sí misma y mientras dure esta situación, quedando de esta forma salvado el principio de intangibilidad de la legítima. En principio, de acuerdo con las disposiciones testamentarias, al producirse el fallecimiento del testador siendo la hija menor de edad, es claro que la madre titular de la patria potestad no puede administrar los bienes que integran el patrimonio del causante ni puede representar a la menor en ningún acto relacionado con los mismos por aplicación del artículo 162.3.º del Código Civil.

Debe partirse de que la exclusión de la representación legal de los padres y la atribución de facultades de administración sobre los bienes de un menor a un tercero, nombrado privadamente, es la excepción a la regla general, de manera que la existencia de un administrador testamentario de los bienes no priva a los progenitores, la madre sobreviviente en el caso, de su representación legal general sobre el menor, y de ser, en consecuencia, la persona a quien legalmente se encomienda la defensa de su persona y patrimonio. El administrador de los bienes del menor nombrado en testamento, al que aluden los artículos 164.1 y 2 y 227 del Código Civil en ningún caso es un representante legal con funciones generales. En relación con estas cuestiones, y con los límites institucionales de

la figura del administrador testamentario, es de citar la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2004, que niega la validez de un emplazamiento en una demanda contra la herencia yacente realizado al administrador testamentario, considerando que este debería haberse realizado a los representantes legales del menor.

Quizás convenga distinguir el acto de aceptación de herencia, y su opuesto de repudiación de la misma, del de partición, que sí se puede encomendar legalmente a un tercero (art. 1057 del Código Civil). Comenzando por la aceptación de herencia, claramente parece exceder de las facultades de un administrador testamentario de bienes, por las repercusiones que puede tener. Ninguna de las normas que en nuestro Derecho se refiere a la capacidad para aceptar o repudiar herencias o legados menciona al administrador testamentario (arts. 166.2 y 271.3 del Código Civil y 93.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria), sino a los representantes legales (padres o tutores).

En cuanto a la partición de la herencia, el argumento anterior puede reproducirse, pues no se trataría de un acto de administración de los bienes adquiridos, sino de un acto previo necesario para determinar los concretos bienes y titularidades que corresponden al menor, el cual complementa el proceso de adquisición hereditaria y sobre los cuales recaerá la administración de la que el representante legal sí estará excluido. Es cierto, no obstante, que el testador sí podría haber excluido a la madre del proceso de partición, aunque para ello debería haber acudido a la figura típica prevista por nuestro ordenamiento para que un tercero, distinto del heredero o legatario de parte alícuota, realice la partición, esto es, el contador-partidor testamentario, quedando sujeto este partidor al régimen legal propio del mismo.

Debe considerarse que, en el caso aquí resuelto, además de nombrarse por el causante un administrador testamentario, se excluye a la madre expresamente de la administración de dichos bienes, y puede defenderse que esta última previsión tiene un alcance propio, distinto del estricto nombramiento de administrador, de manera que, si por cualquier motivo cesase o no se constituyese la administración testamentaria, el representante legal no recuperaría sus naturales funciones, sino que sería preciso acudir a la figura del administrador judicial prevista en el artículo 164.2 del Código Civil (aplicado analógicamente a este supuesto), lo que no sería tan claro si el testador se hubiera limitado a nombrar un administrador sin previsión expresa de exclusión de la administración. Pero esta disposición de exclusión de administración no puede suponer privar al representante legal del normal ámbito de su representación, en todo aquello que exceda de los límites institucionales propios de la administración testamentaria de los bienes atribuidos.

Por todo ello, asumido que, en el presente expediente, es la madre sobreviviente, dentro de su representación legal general de la menor, quien debe actuar en nombre de esta en los actos de aceptación de legado (la legítima, atribuida por este título) y partición de herencia, no cabe plantear la intervención de un defensor judicial nombrado concretamente para los mismos o la posible intervención de un administrador general judicialmente nombrado para suplir al administrador testamentario que no acepta el cargo. Con esto no se prejuzga la cuestión de quién deberá representar a la menor en el posterior acto de venta, el cual sí podría entenderse como de administración de los bienes hereditarios ya adquiridos, pero esa es cuestión ajena al presente recurso.

Resolución de 4-12-2017

(BOE 27-12-2017)

Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar, número 1

**HIPOTECA: CANCELACIÓN.**

El artículo 82 de la Ley Hipotecaria exige para cancelar las inscripciones practicadas en virtud de escritura pública el consentimiento de la persona a cuyo favor se hubiera hecho la inscripción o una sentencia firme. Cuando el titular del derecho real de hipoteca no se limita a dar un mero consentimiento para cancelar, sino que dispone unilateralmente de su derecho a cancelar la hipoteca, hay que interpretar que estamos ante una abdicación unilateral de la hipoteca por su titular, ante una renuncia de derechos, acto que por sí solo tiene eficacia sustantiva suficiente conforme al artículo 6.2 del Código Civil para, por su naturaleza, producir su extinción y, consiguientemente, dar causa a la cancelación de la hipoteca conforme a los artículos 2.2.º y 79 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, renunciando el acreedor de forma indubitada al derecho real de hipoteca son intrascendentes, a la hora de su reflejo registral, las vicisitudes del crédito por él garantizadas que se hayan reflejado en la escritura, se haya extinguido o subsista, sea con unas nuevas garantías o tan solo con la responsabilidad personal del deudor, pues todo ello queda limitado al ámbito obligacional de las relaciones «*inter partes*».

Es cierto que hubiera sido deseable una mayor claridad en la redacción de la escritura y sus diligencias, e incluso la intervención del banco acreedor en la diligencia subsanatoria; pero del conjunto de datos de que se dispone puede concluirse razonablemente que la voluntad del acreedor ha sido la de facilitar la transmisión de la finca, a la que libera de toda responsabilidad derivada de la hipoteca (renuncia a la hipoteca según las doctrina de este Centro Directivo), condicionando suspensivamente el consintiendo para la práctica del oportuno asiento cancelatorio a la acreditación, por parte del prestatario, de la obtención de fondos que le permitan pagar el crédito garantizado en la cuantía previamente determinada, sin que, a estos efectos, tenga transcendencia si la diferencia de dicha cuantía con el saldo final de la cuenta deriva de una quita o de un previo pago parcial del mismo. En definitiva, esa voluntad del acreedor de extinguir la hipoteca, en las condiciones que se establecen, es precisamente la causa jurídica que consta en el título formal que se presenta en el Registro y que justifica la operación registral de cancelación del asiento correspondiente.

Resolución de 11-12-2017

(BOE 3-1-2018)

Registro de la Propiedad de Mula.

**HIPOTECA: CANCELACIÓN EN LOS CASOS DE FUSIONES BANCARIAS.**

Tradicionalmente han existido dos teorías: a) La tesis de la accesoriedad absoluta de la hipoteca respecto al crédito que garantiza, y la correspondiente dependencia de los derechos reales de garantía con respecto a los de crédito. Los defensores o partidarios de esta tesis sostienen que la hipoteca depende absolutamente de la obligación principal, de manera que la extinción de esta lleva automáticamente a la extinción de aquella. Por tanto, en coherencia con

esta concepción, bastará que se acredite o justifique que la obligación principal se ha extinguido por pago, para que se extinga directamente la hipoteca; b) La tesis de la diferenciación absoluta entre los derechos reales y los derechos de crédito. Esta tesis sostiene que el derecho real de hipoteca es tan distinto del crédito que garantiza que, aunque este se haya extinguido por pago, y en teoría debería extinguirse también por accesoriedad el derecho real de garantía, bastando una cancelación automática para ello, esto no ocurre. No basta, por lo tanto, una cancelación automática mediante la acreditación del pago de la obligación, sino que se hace necesario, para que la hipoteca se extinga frente a todos, su cancelación mediante negocio cancelatorio.

La polémica se zanjó con las reformas operadas en la legislación hipotecaria, concretamente en el artículo 82, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, y el artículo 179 del Reglamento Hipotecario que proclaman que para cancelar un crédito hipotecario extinguido por pago es siempre necesaria una escritura pública más el consentimiento del acreedor a tal efecto. La razón última del consentimiento exigido en el artículo 179 del Reglamento Hipotecario, no es otra que la protección que se pretende dar al titular registral. De manera que ningún acto relativo al derecho del cual es titular, pueda llevarse a cabo sin su consentimiento o aprobación. Esto es, lógicamente, consecuencia de un desarrollo del principio de legitimación registral, y no tanto de la diferenciación entre los derechos reales y los de crédito que, como ya se ha visto, tiene sus excepciones. Asimismo, y en consonancia con esto, encuentra su justificación en el hecho de que la cancelación es un procedimiento de rectificación registral que no puede hacerse sin el propio consentimiento del titular cuyo derecho se ha extinguido.

Centrándonos en el presente caso y como se ha puesto de manifiesto en el «Hechos», el crédito hipotecario está extinguido por pago, haciéndolo constar en escritura pública de fecha 11 de mayo de 2012, y prestando su consentimiento quien, en aquella fecha, era el titular registral, «Banco CAM, SAU», pero por las circunstancias que fueren, dicho documento no accedió al Registro en aquella fecha y se presentó el día 3 de agosto de 2017, apareciendo según consta en la historial registral, un nuevo titular, «Banco de Sabadell, S.A.». Por tanto, y como consecuencia de la subrogación por sucesión universal de «Banco de Sabadell, S.A.» en todos los derechos y obligaciones de «Banco CAM, SAU» no se puede confirmar el defecto alegado por la registradora, ya que «Banco de Sabadell, S.A.» queda vinculado por todos los actos que hubiera realizado su antecesor «Banco CAM, SAU» que no involucren a terceros adquirentes de derechos, entre los que se encuentran la cancelación del crédito hipotecario previamente amortizado.

Resolución de 11-12-2017

(BOE 3-1-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 5

#### **PUBLICIDAD FORMAL: INFORMACIÓN SOBRE EL PRECIO DE UNA COMPRA.**

Se plantea este recurso contra dos calificaciones. En primer lugar se solicita que se haga constar en la certificación expedida el precio de venta y en segundo lugar se recurre contra la negativa del registrador a no expedir una certificación literal de un asiento no vigente.

Respecto de la primera alegación conviene recordar que tan literal es una certificación que transcribe exactamente el historial registral como la que resulta

de fotocopias de los libros del Registro, más aún, cuando el criterio de este Centro Directivo siempre ha sido restrictivo en cuanto al uso de fotocopias. En cuanto a la segunda alegación, es decir la no constancia del precio, no resulta del expediente haberse solicitado de manera expresa. Así serían supuestos admisibles de inclusión del precio en la publicidad: a) cuando los precios o valores solicitados lo sean de operaciones jurídico-económicas en los que sean parte únicamente personas jurídicas o empresarios individuales o comerciantes, en su condición de tales, pues no se aplicaría el régimen de protección de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; b) cuando, a juicio del registrador, se considere que dicho dato está incluido dentro de la publicidad de carácter «tráfico jurídico inmobiliario», puesto que la cesión vendría justificada por la normativa hipotecaria; c) cuando se trate de permitir al solicitante el ejercicio de un derecho que tenga reconocido por una norma con rango de ley o en cumplimiento de un deber impuesto por una norma de igual rango, lo cual se acredite suficientemente al registrador; y d) en el supuesto de que la petición del precio se realice por agencias que actúen por cuenta de entidades financieras, acreditando el encargo recibido y la entidad en cuyo nombre actúen, de conformidad con las circulares del Banco de España, referentes a la obligación de cubrir los activos calificados como dudosos, previa estimación del deterioro de su valor, para lo cual es necesario conocer los datos cuya cesión se pretende.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento, el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes y derechos inscritos y, por tanto, este interés se ha de justificar ante el registrador. En consecuencia, ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información. En relación con el interés legítimo, sostiene la Dirección General (cfr. la última resolución sobre la materia de fecha 25 de noviembre de 2016) que debe ser: a) un interés conocido, en el sentido de acreditado o justificado (a excepción de los casos de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio a los que la legislación hipotecaria presume dicho interés); b) ha de ser un interés directo o acreditar debidamente el encargo sin perjuicio de la dispensa del artículo 332.3 del Reglamento Hipotecario, y c) ha de ser legítimo. Este concepto de interés legítimo es más amplio un concepto más amplio que el de «interés directo», pues alcanza a cualquier tipo de interés lícito. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 24 de febrero de 2000, estableció que dicha exigencia reglamentaria de interés legítimo parece amparada por el artículo 222.7 de la Ley Hipotecaria que se refiere expresamente a los «fines lícitos» que se proponga quien solicite la información registral, fines lícitos que implican un interés legítimo en cuanto no contrario a derecho. Pero el registrador, como ha señalado la reciente 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. La legislación relativa a la protección de datos de carácter personal incide directamente en la obligación de los registradores de emitir información sobre el contenido de los libros registrales. Por lo tanto, aun existiendo interés legítimo en el conocimiento del

contenido de los libros del Registro, deberán quedar excluidos de la información suministrada, aquellos datos que tengan la consideración de sensibles conforme a lo anteriormente expuesto. En el presente recurso, en la solicitud inicial de publicidad únicamente se indica que la certificación se solicita para interponer posibles judiciales. Si acreditara ante el registrador la condición de heredero de la anterior titular registral, podría solicitarse la expedición de la certificación con expresión del precio, al objeto de poder determinar su integración, o parte de él, en la masa hereditaria.

Resolución de 11-12-2017

(BOE 3-1-2018)

Registro de la Propiedad de La Palma del Condado.

**SEGREGACIÓN: DECLARACIÓN DE INNECESARIEDAD. SEGREGACIÓN: REALIZADA SOBRE UNA FINCA DISCONTINUA. SEGREGACIÓN: UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO.**

Respecto del primer defecto alegado, la no correspondencia de las declaraciones municipales de innecesariedad aportadas con la segregación practicada en el título, hay que partir del artículo 26.2 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre. Notarios y registradores deben comprobar la correspondencia de la operación jurídica realizada con el documento administrativo que acredite la conformidad, aprobación o autorización administrativa. En el presente expediente existen dudas respecto de la completa correspondencia entre el documento administrativo aportado y la operación documentada realizada, dada la remisión que se realiza a las parcelas catastrales que no se corresponden exactamente con las fincas registrales.

Respecto de la necesidad de describir la finca resto no solo mediante la descripción de las tres parcelas que la integran tanto con sus respectivas superficies, como sus linderos y la referencia catastral que les corresponde, sin indicar la superficie total de la misma debe recordarse los pronunciamientos de este Centro Directivo sobre esta materia al reconocer que «la identificación de la finca objeto del expediente es necesaria, habida cuenta del principio de folio real y registral conforme los artículos 8 y 9 de la Ley Hipotecaria y 51 y 98 del Reglamento Hipotecario. El principio de especialidad y el folio real imponen la identificación de la finca para la práctica de inscripciones en el Registro de la Propiedad. Identificación que ha de resultar del documento inscribible. Pero en el presente caso ningún reparo opone el registrador a la identificación de la finca; y en cuanto a la descripción de la finca matriz, las incidencias que expresa el registrador deben considerarse irrelevantes al estar dicha finca perfectamente identificada, como resulta de los documentos presentados para la inscripción solicitada». En el caso de este expediente dicha unidad de explotación se encuentra ya inscrita anteriormente sin pormenorizar los detalles de la misma (más allá de expresarse la superficie total de la misma) sin que pueda exigirse ahora un mayor detalle en la configuración de la misma que el que ya figuraba en el Registro.

Respecto del tercer defecto apuntado, la creación de nuevas entidades hipotecarias mediante la segregación de fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo debe aplicarse la normativa contenida en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, de normas complementarias al Reglamento Hipotecario

en materia urbanística. Debe recordar esta Dirección General que sí ha reconocido la posibilidad de creación de parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo en aquel supuesto de que las mismas fueran objeto de una errónea agrupación, procediendo los titulares al percatarse de tal error a desagrupar la finca anteriormente creada, haciendo revivir las fincas primitivas con la misma extensión y descripción previa. Recordada tal doctrina debe confirmarse que la misma no es aplicable al presente expediente como pretende el notario recurrente ya que el negocio contenido en el título calificado es una nueva segregación completamente desconectada de la agrupación anterior, sin poder reconocer vínculo causal alguno que justificara tal aplicación. Por tanto el defecto debe ser confirmado.

Resolución de 12-12-2017

(BOE 3-1-2018)

Registro de la Propiedad de Telde, número 1

#### PARCELACIÓN URBANÍSTICA: ACTUACIÓN DEL REGISTRADOR EN LOS CASOS DE TRANSMISIÓN DE CUOTAS INDIVISAS.

Es doctrina de este Centro Directivo que cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. La argumentación será suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado haya podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa. 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.

Como ha reconocido esta Dirección General, en línea con la doctrina jurisprudencial (cfr. resoluciones de 10 de septiembre de 2015 y 12 de julio de 2016), una parcelación urbanística es un proceso dinámico que se manifiesta mediante hechos externos y objetivos fácilmente constatables. De modo que, la simple transmisión de una cuota indivisa de propiedad, sin que en el título traslativo se consigne derecho alguno de uso exclusivo actual o futuro sobre parte determinada de la finca, constituiría, en principio, un acto neutro desde el punto de vista urbanístico y amparado por un principio general de libertad de contratación; solo si hechos posteriores pudieran poner de relieve la existencia de una parcelación física cabría enjuiciar negativamente la utilización abusiva o torticera de aquella libertad contractual. En esta línea, en el ámbito de la normativa básica estatal, el artículo 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. La ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble no es por sí sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística. Ni siquiera excluye esta posibilidad la manifestación contraria al hecho o voluntad de que se produzca aquella asignación. Concepción que, por otra parte, asume la propia legislación urbanística canaria —artículo 276 de la Ley 4/2017, de 13 de julio,



del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, vigente desde el 1 de septiembre—.

Dado que la competencia legislativa sobre urbanismo ha sido atribuida a las comunidades autónomas, como se desprende de la Constitución (arts. 148.1.3.a y 149.1 de la Constitución Española y sentencias del Tribunal Constitucional números 61/1997 y 164/2001) y de los respectivos estatutos de autonomía, ha de ser la propia legislación urbanística que resulte aplicable, la que ha de establecer qué actos están sometidos a licencia y qué actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, o ser asimilados a esta, así como determinar qué otros actos de uso del suelo o de las edificaciones quedan sujetas a la intervención y control municipal que el otorgamiento de la licencia comporta, determinación que constituye un presupuesto previo o «*prius*» respecto de su exigencia en sede registral. En particular, en el marco de la legislación urbanística canaria, los artículos 80 y siguientes del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, norma sustantiva aplicable por razón de fecha del otorgamiento del título, hasta la entrada en vigor de la Ley 4/2017, de 13 de julio.

Este Centro Directivo ha considerado para estos supuestos aplicable el artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, al regular la actuación del registrador en caso de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, cuando de la operación que corresponda resulten parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo o, en todo caso, aun siendo superiores, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surge a su juicio motivado, duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, en los términos que defina la legislación o la ordenación urbanística aplicable. Sin embargo, en el caso de la resolución de 6 de septiembre de 2017, estimó el recurso dado que no se trataba de la inicial desmembración «*ex novo*» de la titularidad en un proindiviso, sino que se pretendía transmitir una cuota indivisa ya inscrita en el Registro de la Propiedad, acto que debe considerarse, en principio, neutro desde el punto de vista urbanístico y amparado por un principio general de libertad de contratación.

Como puede observarse, en el caso de este expediente, se trata de una venta de cuota indivisa de finca rústica, sin formalizarse jurídicamente la asignación expresa de uso individualizado, otorgada posteriormente a una adjudicación en comunidad hereditaria indivisa, y simultáneamente con otras ventas de cuota de la misma finca, ciertamente no estamos, en principio, formalmente, ante uno de los supuestos en el que la legislación sustantiva aplicable, en este caso la canaria, presume la existencia de actos parcelatorios, a falta de actos materiales de división o segregación. Por lo que, salvo los casos en que, conforme a la legislación aplicable, resulte expresamente exigida la licencia, por tratarse de actos jurídicos de división o segregación, o actos contemplados por norma legal como reveladores de parcelación, el registrador debe limitar su actuación al marco procedimental del artículo 79 del Real Decreto de 1093/1997, siempre y cuando pueda justificar debidamente, con los medios de calificación de que dispone, la existencia de elementos indiciarios de la existencia de parcelación urbanística.

Debe recordarse aquí que el registrador debe limitar su actuación calificadora a lo que resulte de los documentos presentados y los asientos del propio Registro u otros datos oficiales con presunción de veracidad, entre los cuales pueden citarse señaladamente los resultantes del Catastro. En el presente caso,

debe admitirse que la nota de calificación carece de la concreción deseable para motivar el defecto invocado, limitándose a la cita del contenido del precepto aplicable para justificar la exigencia de licencia municipal, a la venta de cuota de indivisa. Mas este Centro Directivo no puede soslayar los elementos de hecho que concurren en este expediente y que resultan, a su vez, de otros recursos interpuestos simultáneamente y relativos a la misma finca registral, que no vienen sino a reforzar y sustentar la razón jurídica del defecto mantenido en la nota de calificación. En línea con la concepción moderna de la parcelación urbanística, antes expuesta, plasmada en el propio artículo 26 de la Ley de Suelo estatal, pueden apreciarse en el presente expediente elementos de hecho indiciarios de una posible parcelación.

Resolución de 13-12-2017

(BOE 4-1-2018)

Registro de la Propiedad de Lucena, número 1

#### **DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD: PRINCIPIO DE SUBROGACIÓN REAL EN RELACIÓN CON EL CARÁCTER PRIVATIVO O PRIVATIVO POR CONFESIÓN DE LOS BIENES.**

Como tiene declarado este Centro Directivo (resolución de 11 de noviembre de 2011), la extinción o disolución de la comunidad ordinaria en nuestro Derecho puede tener lugar, bien por la división de la cosa común, bien por la reunión de todas las cuotas en una sola persona (comunero o no), en virtud de los correspondientes desplazamientos patrimoniales por cualquier título de adquisición, incluyendo la renuncia de un comunero, y también por su adjudicación a uno que compensa el derecho de los demás. La sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico-matrimonial de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado que declara comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia.

En el presente caso, debe entenderse que la totalidad de la finca adjudicada tras la extinción de la copropiedad conserva la misma naturaleza que tenía la titularidad originaria de la condueña adjudicataria, es decir la cuota indivisa de la que trae causa la adjudicación, que en el caso examinado era privativa. Por ello, debe estimarse fundado el criterio del registrador por el que exige que se determine la participación de los bienes o el bien que ha sido adjudicado en pago de la participación inscrita con carácter privativo por confesión.

Resolución de 13-12-2017

(BOE 4-1-2018)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 8

#### **OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: SUELO DE ESPECIAL PROTECCIÓN.**

Conforme tiene declarado este Centro Directivo, procede afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones

o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según dicha normativa.

Cuando, se plantean problemas de derecho intertemporal o transitorio —a la hora de fijar las reglas y requisitos procedimentales que hay que cumplir para practicar el asiento— procede atenerse por analogía —a falta de norma explícita en las leyes especiales, que disponga otra cosa— al principio que con toda claridad resulta de la disposición transitoria cuarta del Código Civil, en cuya virtud los derechos nacidos y no ejercitados (en este caso, no inscritos) ciertamente subsisten con la extensión y en los términos que les reconoce la legislación precedente; pero han de sujetarse para hacerlos valer (en este, para inscribirlos) al procedimiento dispuesto en la legislación vigente (que lo regula) en el momento en que el asiento se solicite.

Como ha señalado este Centro Directivo (*vid.*, por todas, las resoluciones de 5 de marzo y 5 de agosto de 2013), el acceso al Registro de la Propiedad de edificaciones (o de sus mejoras o ampliaciones: *vid.* arts. 308 del Reglamento Hipotecario y 45 y 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio) respecto de las que no procede el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción establecido por la ley para la acción de disciplina, se halla sometido, de modo exclusivo, al cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la ley, entre los que no se encuentra la prueba exhaustiva de la efectiva extinción, por prescripción, de la acción de disciplina urbanística, cuya definitiva apreciación debe quedar al ámbito procedimental administrativo o contencioso administrativo.

Cumpliendo tales requisitos, ciertamente, puede resultar muy conveniente, pero legalmente no es imprescindible, aportar una prueba documental que certifique por parte del Ayuntamiento, como órgano competente en sede de disciplina urbanística, la efectiva prescripción de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística. Ahora bien, todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio del presupuesto que configura la tipología del supuesto de hecho de la norma contenida en el artículo 28, número 4, del nuevo texto refundido de la Ley de Suelo, esto es, que se trate realmente de «construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes», requisito que obviamente, al definir el ámbito de aplicación objetivo de la norma, habrá de verificarse por parte del registrador en su actuación calificadora.

A tenor del imperativo consagrado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, el registrador en su labor de calificación debe tomar en consideración tanto los asientos del Registro como los documentos presentados —todo ello de acuerdo con la normativa aplicable—, para poder determinar la validez del acto contenido en el título objeto de presentación o verificar el cumplimiento de requisitos que le impone la Ley. Dentro de esta normativa aplicable a considerar se incluyen, sin ninguna duda, los concretos planes de ordenación territorial o urbanística en vigor que afecten a la zona en cuestión, cuya naturaleza normativa no cabe discutir. Tras la reforma operada por la Ley 13/2015, debe destacarse aquí que esta materia, y sus distintas implicaciones, ha sido expresamente abordada en el nuevo y actual artículo 202 de la Ley Hipotecaria. Es decir, a partir de la entrada en vigor de esta ley no es posible el acceso registral de declaración de edificaciones o instalaciones sin que en el título correspondiente conste la delimitación geográfica de su ubicación precisa.

Precisamente, entre las razones por las que la nueva ley exige la georreferenciación precisa de la porción de superficie ocupada por cualquier edificación o instalación que se pretenda inscribir en el Registro de la Propiedad, se encuentran, por una parte, permitir que la calificación registral compruebe si tal edificación o instalación se encuentra plenamente incluida, sin extralimitaciones, dentro de la finca registral del declarante de tal edificación, y por otra, que se pueda calificar en qué medida tal superficie ocupada pudiera afectar o ser afectada por zonas de dominio público, o de servidumbres públicas, o cuál sea la precisa calificación y clasificación urbanística del suelo que ocupa, determinante, por ejemplo, de plazo de prescripción —o de la ausencia de tal plazo— de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística.

En el presente supuesto, si bien se cumple la exigencia de acreditar por alguno de los medios previstos en el artículo 28.4 de la Ley de Suelo, la antigüedad suficiente para el posible transcurso de los plazos de restablecimiento, y a diferencia del supuesto contemplado en la resolución de 28 de junio de 2017, invocada por el recurrente, el registrador plantea una motivación concreta y expresada en la nota de calificación, justificada por los medios de que dispone, con referencia a los distintos presupuestos impeditivos de la aplicación del citado precepto, en este caso, el tratarse de suelo sujeto a un particular régimen de ordenación que determina, a priori, la imposibilidad de que operen plazos de prescripción de medidas de protección de legalidad urbanística, según la ubicación geográfica que identifica la finca. Por lo que justificada la aplicación, a la finca sobre la que se declara la obra, del régimen de suelo de especial protección que imposibilitaría la prescripción de las acciones de restablecimiento de legalidad urbanística, debe confirmarse la calificación registral en orden a la exigencia de la oportuna resolución administrativa que acredite la situación de fuera de ordenación o asimilado, o simplemente el transcurso de los plazos a que se refiere el artículo 28.4 de la Ley de Suelo, desvirtuando así, el hecho obstativo invocado por el registrador, como es la ubicación de la finca en un área de especial protección, según la información territorial asociada, que excluiría la aplicación del citado precepto.

Esta Dirección General ya se ha pronunciado sobre la posibilidad de invocar el artículo 28.4 a obras declaradas en suelos de especial protección —resoluciones de 28 de febrero de 2015 y 30 de mayo de 2016—, siempre que la antigüedad de la edificación según certificación técnica, catastral o municipal, sea anterior a la vigencia de la norma que impuso un régimen de imprescriptibilidad al suelo no urbanizable de protección o a la propia calificación urbanística, evitando así la indebida aplicación retroactiva de dicha norma ciertamente restrictiva de derechos individuales, en este caso, el régimen limitativo vinculado al suelo protegido. No obstante, en el presente expediente la edificación tiene una antigüedad, según certificado catastral, del año 2006, y se asienta, en principio, en suelo calificado como Área Natural de Especial Interés, lo que determina su clasificación como suelo no urbanizable de especial protección, como dispone la Ley 1/1991, de 30 de enero, de espacios naturales y de régimen urbanístico de las áreas de especial protección de las Islas Baleares, vigente desde el 10 de marzo de 1991, y por tanto, la imposibilidad de consolidación de la obra por antigüedad y su inscripción al amparo del artículo 28.4 de la Ley de Suelo, en relación al artículo 65.3 de la Ley 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística, norma sustantiva aplicable al tiempo de la edificación.

Resolución de 13-12-2017  
(BOE 4-1-2018)  
Registro de la Propiedad de Tremp.

**FINCA REGISTRAL: FINCA QUE FIGURA INSCRITA SIN EXPRESIÓN DE SU SUPERFICIE.**

Desde la reforma reglamentaria que entró en vigor en el año 1959, la expresión de la medida superficial de las fincas, expresada en el sistema métrico decimal, viene siendo una exigencia imperativa «en todo caso», como resalta la propia redacción del precepto. Y tal exigencia reglamentaria, cuya legalidad nunca ha sido cuestionada ni anulada judicialmente, ha acabado siendo expresamente refrendada y asumida con rango de ley con la reforma introducida por la Ley 13/2015. Ahora, tras la reforma introducida por la Ley 13/2015, el dato de la superficie de las fincas registrales sigue siendo exigible en todo caso, si bien, cuando conforme a la nueva ley se acredite e inscriba, cuando proceda, la georreferenciación de la ubicación y delimitación de la finca, la identidad de esta quedará ya perfectamente establecida, y su superficie ya no será un elemento a tomar en consideración para tratar de precisar los linderos, sino al revés, serán los linderos ya precisados los que determinarán geométricamente cuál es la superficie comprendida dentro de ellos, y aun así, la superficie así determinada habrá de expresarse en todo caso.

Como ha señalado la resolución de 25 de junio de 2015, «una finca que se halla inscrita sin expresión de su superficie no puede decirse que sea plenamente equiparable a una finca no inmatriculada. Es cierto que no consta la superficie, y que este es un dato esencial para su identificación. Pero también es verdad que aparecen unos linderos, la referencia a la calle de su situación y el número de gobierno, y la alusión a unos elementos construidos en la misma. Por otro lado, del historial registral pueden resultar una serie de titularidades jurídico-reales que a lo largo del tiempo se han ido sucediendo sobre la finca. Todo ello nos conduce a concluir que la finca como tal objeto de derechos sí que ha accedido al Registro. Lo que ocurre es que no consta correctamente especificada su superficie. Y, dada la trascendencia que el dato de la superficie tiene en la delimitación de la finca registral, podemos decir que la inscripción de la superficie de una finca que hasta ese momento no la tenía consignada en su historial registral, sin ser en sentido técnico una inmatriculación, tiene cierta entidad inmatriculadora. Nuestra legislación hipotecaria ha previsto una serie de procedimientos para rectificar la superficie de una finca inmatriculada cuando se detecta que se produjo un error al medirla en el momento de su primera inscripción».

En resumen, de la normativa vigente y de las citadas resoluciones de este Centro Directivo, resulta de modo incuestionable que la superficie de las fincas registrales ha de expresarse «en todo caso», y por tanto, no solo cuando se inmatricule una finca, sino también cuando se pretenda practicar una inscripción asiento posterior en el folio real de una finca que conste inmatriculada sin expresión de su superficie. Y tal exigencia no solo está normativamente dirigida a los registradores de la propiedad a la hora de calificar los títulos y en su caso redactar las inscripciones, sino también dirigida a los funcionarios que autoricen títulos potencialmente inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Por último, sentado que la expresión de la superficie de las fincas es un requisito necesario para la inscripción registral de los títulos relativos a ellas, ha de destacarse que para la constancia registral de tal dato, que está llamado a producir

cuales efectos jurídicos frente a todos, no puede bastar la manifestación unilateral del titular registral, o su causahabiente, sino que será necesario acreditar tal extremo de modo que el registrador no albergue dudas fundadas sobre la identidad de la finca, y que queden salvaguardados los derechos de terceros, en especial, los titulares de fincas colindantes, a través de un procedimiento con las debidas garantías. A tales efectos resulta especialmente idóneo, como señala el registrador en su nota de calificación, el procedimiento regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, por las notificaciones, publicaciones y garantías que ofrece para los terceros en general o el previsto en el artículo 201, como antes se ha expresado. Además, para poder hacer constar registralmente ahora la superficie de tal edificación habrán de cumplirse también aquellos requisitos exigidos por la legislación urbanística cuya verificación consta expresamente encomendada a la calificación registral y que no procede detallar aquí.

En cambio, aunque no sea la cuestión planteada en el presente recurso, cabe señalar que para la simple práctica de anotaciones preventivas, como por ejemplo la de embargo —o la de demanda— sobre fincas cuya superficie registral no consta, no resultaría procedente exigir al embargante o al demandante la expresión y acreditación de la tal superficie, pues no tienen ni legitimación ni obligación para ello.

Resolución de 14-12-2017

(BOE 4-1-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 20

**RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: NECESIDAD DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DE LOS ACTOS QUE LO MODIFICAN O AFECTEN.**

El presente expediente se limita a determinar si es necesaria la previa inscripción en el Registro Civil de una sentencia de divorcio para poder adjudicar una bien inscrito con carácter ganancial en virtud de una escritura de liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de bienes. Como ha puesto de relieve anteriormente este Centro Directivo (cfr., por todas, las resoluciones de 22 de febrero y 28 de abril de 2005), el artículo 266 del Reglamento del Registro Civil exige en su párrafo sexto, que en las inscripciones que en cualquier otro Registro —y, por tanto, en el de la Propiedad— produzcan los hechos que afecten al régimen económico matrimonial han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil (tomo y folio en que consta inscrito o indicado el hecho), que se acreditarán por certificación, por el libro de familia o por la nota al pie del documento. En caso de no haberse acreditado se suspenderá la inscripción por defecto subsanable.

Resolución de 14-12-2017

(BOE 4-1-2018)

Registro de la Propiedad de Betanzos.

**HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD Y POR PRESCRIPCIÓN.**

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, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución hipotecaria, en cuyo caso, la hipoteca se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa. Ahora bien, no siempre es fácil decidir si, en el caso concreto, el plazo señalado es efectivamente de duración de la hipoteca misma con el alcance anteriormente señalado, o si se trata de definir únicamente el margen temporal en el que debe surgir la obligación para que quede garantizada con la hipoteca.

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 solo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto, no cuando sea dudosa o controvertida. Y para que opere la cancelación por caducidad o extinción legal del derecho es necesario que haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dicha garantía o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, al que en el mismo precepto legal se añade el año siguiente, durante el cual no resulte del mismo Registro que las obligaciones garantizadas hayan sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca (resoluciones de 29 de septiembre de 2009 y 10 de enero de 2014). O bien el transcurso de los plazos que figuran en el artículo 210.8 de la Ley Hipotecaria.

En el presente caso, del análisis sistemático de todas la cláusulas del contrato resulta que el plazo de duración pactado debe entenderse referido no tanto a un plazo convencional de caducidad de la hipoteca, sino más bien referido al plazo durante el cual se extiende la obligación de avalar por parte de «Afianzamientos de Galicia, SGR» el impago de las cuotas del previo préstamo y, por tanto, durante el cual puede surgir la obligación garantizada.

Resolución de 15-12-2017

(BOE 4-1-2018)

Registro de la Propiedad de Benabarre

#### **DERECHO FORAL ARAGONÉS: DESIGNACIÓN DE HEREDERO POR FIDUCIARIO.**

En primer lugar hay que determinar si la escritura de designación de heredero por fiduciarios puede ser considerada título de la sucesión en otros bienes distintos de los que comprendían el caudal de los fideicomitentes. Es claro que conforme la citada escritura de designación de heredero, este adquirió los bienes pertenecientes a los fideicomitentes con la sustitución fideicomisaria condicional establecida —que falleciese sin descendientes y sin disponer de los bienes—. La cuestión es si esa misma escritura de designación de heredero otorgada en 1978,

puede servir de título sucesorio para otros bienes adquiridos por otros títulos, por el heredero que ahora es causante de su herencia. En principio, la respuesta debe ser negativa. El principio general, tanto en derecho foral aragonés como en el común, es que la fiducia comprende solo los bienes transmitidos por el fideicomitente.

Resulta muy escueta la manifestación del aceptante, para interpretar y considerar que a los bienes heredados de sus padres con la sustitución condicional establecida, se sumen cualesquiera otros bienes que el heredero haya adquirido por otros títulos de herencia o de compraventa —como ocurre en el expediente—. No existía en la Compilación de 1976 una norma semejante a la que ahora recoge el artículo 416.3 del Código Civil de Aragón, pero sirve para aplicar la interpretación: «En los casos de duda, la interpretación se realizará en sentido favorable al heredero instituido y las disposiciones que impongan cualquier carga se interpretarán restrictivamente». En consecuencia, para considerar esa manifestación como una disposición de última voluntad, sea testamentaria o por pacto sucesorio, que vincule los bienes del otorgante, es precisa una mayor claridad y determinación que la que aparece en la escritura del año 1978.

Resolución de 15-12-2017

(BOE 4-1-2018)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 4.

#### SOCIEDADES MERCANTILES: ADMINISTRADOR CON CARGO NO INSCRITO.

Cuando se trate de personas jurídicas, y en particular, como sucede en este caso, de sociedades, la actuación del titular registral debe realizarse a través de los órganos legítimamente designados de acuerdo con la Ley y normas estatutarias de la entidad de que se trate, o de los apoderamientos o delegaciones conferidos por ellos conforme a dichas normas. Extremos y requisitos estos que en caso de que dichos nombramientos sean de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil y los mismos se hayan inscrito corresponderá apreciar al registrador mercantil competente, por lo que la constancia en la reseña identificativa del documento del que nace la representación de los datos de inscripción en el Registro Mercantil dispensará de cualquier otra prueba al respecto para acreditar la legalidad y válida existencia de dicha representación dada la presunción de exactitud y validez del contenido de los asientos registrales. En otro caso, es decir cuando no conste dicha inscripción en el Registro Mercantil, deberá acreditarse la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a través de la reseña identificativa de los documentos que acrediten la realidad y validez de aquella y su congruencia con la presunción de validez y exactitud registral establecida en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil.

Para que el nombramiento de administrador produzca efectos desde su aceptación, háyase o no inscrito dicho nombramiento en el Registro Mercantil, es preciso justificar que dicho nombramiento es además válido por haberse realizado con los requisitos, formalidades y garantías establecidas por la legislación de fondo aplicable. No se trata en resumen de oponibilidad o no frente a tercero, de buena o mala fe, del nombramiento de administrador no inscrito, sino de acreditación de la validez, regularidad y plena legitimación del que actúa en representación del titular inscrito en el Registro de la Propiedad de la Propiedad



en base a un nombramiento que no goza de la presunción de validez y exactitud derivada de la inscripción en el Registro Mercantil y que, por tanto, en principio responde a una situación contraria a la que publica dicho Registro Mercantil con efectos frente a todos desde su publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» (arts. 21.1 Código del Comercio y 9 del Reglamento del Registro Mercantil), y por tanto también frente al que conoce la falta de inscripción de dicho nombramiento pues consta en la propia escritura. A la luz de las consideraciones anteriores el recurso no puede prosperar por cuanto de la escritura presentada a inscripción no resulta la reseña de los títulos que permiten apreciar la existencia de título representativo, así como su congruencia con el contenido del Registro Mercantil.

Resolución de 18-12-2017

(BOE 10-1-2018)

Registro de la Propiedad de A Coruña, número 5

**RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: HERENCIA YACENTE.**

Respecto de los documentos que ahora se acompañan con el escrito de recurso, como señala la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo, no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ya que este tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla. Esta doctrina se ha visto recogida en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017, recaída en el recurso de casación interpuesto por esta Dirección General respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo, que anuló la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 18 de noviembre de 2013, así como la nota de calificación registral de fecha 13 de agosto de 2013, en relación con un supuesto relativo a la constancia en el mandamiento objeto de calificación del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 155.4 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

La doctrina de este Centro Directivo que impone que en los casos de herencias yacentes, toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014 y 5 de marzo de 2015). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa y debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

En el supuesto de este expediente del decreto presentado y objeto de calificación resulta que el llamamiento a los desconocidos herederos es genérico y no consta la forma en que se hayan producido las notificaciones a esos herederos indeterminados, ni si se ha llevado a cabo una investigación razonable, sobre la

existencia de herederos testamentarios o legales de don F. S. O.; por lo tanto no cabe sino la confirmación del defecto observado.

Esta Dirección General ha señalado respecto a la incidencia de la renuncia de los herederos en los supuestos de procedimientos seguidos contra la herencia yacente, que no evita la necesidad de nombrar administrador el hecho de que haya un pronunciamiento judicial en el que conste haberse otorgado escritura de renuncia a la herencia por parte de los herederos, pues, mediando la renuncia de los inicialmente llamados a la herencia, esta pasa a los siguientes en orden, sean testados o intestados, quienes serán los encargados de defender los intereses de la herencia; así en resolución de 19 de septiembre de 2015. Pero también ha resuelto que distinto sería el caso de que la renuncia de los herederos se hubiera producido una vez iniciado el procedimiento de ejecución como consecuencia del requerimiento que se les había hecho en este, pues en este caso sí habría habido posibilidad de intervención en defensa de los intereses de la herencia (resolución de 15 de noviembre de 2016).

Resolución de 18-12-2017

(BOE 10-1-2018)

Registro de la Propiedad de Ayamonte.

#### **CENSO ENFITÉUTICO: CANCELACIÓN DEL CENSO Y CONSOLIDACIÓN DEL PLENO DOMINIO.**

Debe decidirse en este expediente si es posible cancelar los asientos relativos a los censos que gravan respectivamente dos fincas registrales, y la posterior consolidación del dominio útil con el directo, todo ello como consecuencia de la caducidad formal del asiento, a tenor de lo previsto en el artículo 210.1.8.ª de la Ley Hipotecaria.

Se hace preciso, para una adecuada resolución de este expediente, atender a la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa, el censo enfitéutico. Ya este Centro Directivo tuvo ocasión de manifestarse al respecto en la resolución de 26 de octubre de 2004, señalándose que todavía hoy en día, con arreglo al Derecho común, aunque se configure la enfiteusis como dominio dividido, el correspondiente al dueño directo es el prevalente. En efecto, según el artículo 1605 del Código Civil, es el titular dominical el que constituye el censo enfitéutico al ceder, realizando con ello un acto dispositivo, el dominio útil, reservándose el directo. Como contrapartida a esta cesión, recibe un canon que podrá consistir en dinero o en frutos. Es decir, el dueño directo, es auténtico dueño. Es en fin el titular del dominio directo aquel con quien hay que entenderse para redimir la finca conforme al artículo 1651.

Como señalaron las resoluciones de 2 de diciembre de 2015 y 21 de abril de 2016, «el artículo 210 de la Ley Hipotecaria (...) fija unos plazos propios, cuyo cómputo es estrictamente registral, con lo que más bien está regulando un auténtico régimen de caducidad de los asientos». Sentadas estas premisas, la cuestión principal se centra en determinar si el asiento relativo al censo puede cancelarse por el transcurso del plazo de caducidad fijado en el artículo 210.1.8.ª de la Ley Hipotecaria, considerando que lo que se solicita es concretamente la cancelación del dominio directo, que no está inmatriculado, sino solo mencionado en la inscripción del dominio útil, reclamándose también la consolidación en este último.

Del artículo 98 del Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915 se desprende expresamente la posibilidad de inscripción separada del dominio directo y del útil. En la actualidad, el vigente Reglamento Hipotecario en su artículo 377 dispone que «en el caso de hallarse separados el dominio directo y el útil, la primera inscripción podrá ser de cualquiera de estos dominios; pero si después se inscribiese el otro dominio, la inscripción se practicará a continuación del primeramente inscrito». De todo ello resulta que no estamos ante una mención en sentido técnico, que deba ser objeto de purga en los libros del Registro conforme al artículo 98 de la Ley Hipotecaria, sino de la constatación registral del contenido del dominio útil, que impone al enfiteuta la obligación de pago del canon correspondiente al censualista.

En cuanto a la cancelación del dominio directo, de conformidad con el artículo 210.1, regla octava, el recurso no puede prosperar, a la vista de lo solicitado en la instancia. En primer lugar, dicho precepto resultaría de aplicación para la cancelación de la inscripción de censo, tal y como se encuentra practicada, lo que daría lugar a una desinmatriculación de la finca, cancelando el dominio útil inmatriculado. Resulta evidente que ello no ha sido lo pretendido por el interesado. Por otra parte, al ser el dueño directo el verdadero dueño, según la doctrina de este Centro Directivo antes expuesta, la cancelación pretendida solo respecto del dominio directo no tendría otro alcance que la cancelación del derecho que al censualista corresponde al cobro del canon o pensión anual, pero con ello se llegaría a una situación patológica cual es la de vaciar de contenido el dominio útil que corresponde al enfiteuta, pues difícilmente puede existir un censo sin pensión a satisfacer en contraprestación a su concesión. Además, en cuanto a la pretendida consolidación del dominio directo a favor del dueño del dominio útil, como consecuencia de la cancelación del derecho del censualista, como advierte el registrador en su calificación y como resulta del propio escrito de recurso, ya se ha visto que el derecho del censualista consta tan solo mencionado en la inscripción de dominio útil. Por ello, este efecto expansivo que pretende atribuirse al dominio útil no puede reconocérsele.

También debe distinguirse la caducidad del asiento de la prescripción del derecho. Es de la naturaleza del censo que la cesión del capital o de la cosa inmueble sea perpetua o por tiempo indefinido (art. 1608 del Código Civil), ahora bien, el artículo 1620 del Código Civil declara la prescriptibilidad tanto del capital como de las pensiones de los censos, conforme a lo dispuesto en el Título XVIII del Libro IV del mismo cuerpo legal, resultando de los artículos 1963 y 1970 un plazo de treinta años para la prescripción del derecho al cobro del capital. Ahora bien, tal prescripción deberá estimarse, conforme a la doctrina reiterada emanada de este Centro Directivo, en la correspondiente resolución judicial.

En consecuencia, para proceder a la consolidación de ambos dominios, útil y directo, y dado el carácter de auténtico dueño que tiene el dueño directo —según doctrina de este Centro Directivo, antes vista— habrá que proceder, bien a la redención del censo enfiteutico, de conformidad con lo previsto en el artículo 1651 del Código Civil, bien a que se declare la prescripción del capital conforme a lo señalado en el reiterado artículo 1620, prescripción que exigirá, para su adecuado reflejo registral, la resolución judicial oportuna que así lo declare (cfr. resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de diciembre de 2015 y 8 de septiembre de 2016), y todo ello una vez lograda la inmatriculación del dominio directo en cualquiera de las formas antes expuestas.

Resolución de 18-12-2017

(BOE 10-1-2018)

Registro de la Propiedad de La Línea de la Concepción.

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: NO ES ANOTABLE LA DEMANDA DE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: CAUCIÓN.**

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 todos los extremos a los que alude el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Entre tales extremos se halla la calificación de la congruencia del mandato judicial con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado. Parece evidente, como más adelante se analizará, que no todo procedimiento tiene un objeto o finalidad que permite la anotación de la demanda que lo ha originado. Por tanto, debe el registrador examinar el contenido de la demanda para poder determinar si una de las que resultan son susceptibles de anotación en el Registro.

El criterio del «*numerus clausus*», es decir, que no pueden practicarse otras anotaciones preventivas que las que prevé expresamente la ley (art. 42.10.º de la Ley Hipotecaria), constituye uno de los principios tradicionales en materia de anotaciones preventivas, y, aunque con importantes matizaciones, ha sido sostenido por este Centro Directivo. Especialmente controvertido ha sido la aplicación de este principio general al caso de la anotación de demanda.

Solo se permite la anotación de aquellas demandas en las que se ejerciten acciones personales cuya estimación pudiera producir una alteración en la situación registral, pero en modo alguno pueden incluirse aquellas otras, como la ahora debatida, en las que únicamente se pretende una reclamación de cantidad de dinero por desistimiento unilateral de contrato, sin trascendencia en cuanto a la titularidad de las fincas afectadas. Cuando lo que se pretende es afectar una finca al pago de una cantidad lo procedente es una anotación de embargo si se dan los requisitos para ello.

El segundo defecto que recoge la nota de calificación hace referencia a la necesidad de acreditar que se ha consignado la caución fijada por el juez para acordar la medida cautelar. Tradicionalmente se han exigido tres requisitos para la adopción de una medida cautelar en un proceso civil: «*periculum in mora*», «*fumus boni iuris*» y la prestación de caución. De la lectura de los artículos 139 del Reglamento Hipotecario y 728.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del conjunto de la normativa recogida en el Título VI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, parece deducirse que, aunque la prestación de caución constituye normalmente un presupuesto necesario para la adopción de una medida cautelar, cabe la posibilidad de que el juez estime en un caso concreto que dicha caución no es necesaria. Se trata en cualquier caso de una cuestión procesal sobre las que las partes pueden argumentar en el procedimiento y que, en último término, dependerá de la decisión del juez. Y, desde luego, no corresponde al registrador, dentro de los márgenes en que ha de moverse la calificación de los documentos judiciales (art. 100 del Reglamento Hipotecario), exigir la acreditación de que se ha prestado dicha caución.

Resolución de 18-12-2017  
(BOE 10-1-2018)  
Registro de la Propiedad de Pastrana-Sacedón.

**EXPEDIENTE DEL ARTÍCULO 199 DE LA 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. Además, dispone el precepto que a los efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, el registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles, que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación, para lo que podrá acudir a la aplicación informática prevista en dicha norma y homologada en la resolución de esta Dirección General de 2 de agosto de 2016.

Como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. En el presente caso resultan claramente identificadas y fundamentadas las dudas de la registradora en la nota de calificación en cuanto a la previa existencia de una rectificación de superficie ya inscrita y a la existencia de una controversia judicial relativa a un supuesto de doble inmatriculación de la finca en cuestión en la que se reconoció como correcta la superficie catastral de aquel momento, que se ha modificado posteriormente, muestran indicios suficientes de que no resulta pacífica la representación gráfica aportada y la consecuente determinación de su cabida. Dudas que quedan corroboradas con los datos y documentos que obran en el expediente.

Resolución de 19-12-2017  
(BOE 10-1-2018)  
Registro de la Propiedad de Santander, número 4

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: BIENES INSCRITOS A NOMBRE DEL CAUSANTE POR DEUDAS DEL HEREDERO.**

En primer lugar, en cuanto al alcance de la calificación del registrador respecto a documentos judiciales, se pronuncia la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017 cuando en relación con un mandamiento de cancelación señala: «Esta función revisora debe hacerse en el marco de la función calificadora que con carácter general le confiere al registrador el artículo 18 LH, y más en particular respecto de los documentos expedidos por la autoridad judicial el artículo 100 RH. Conforme al artículo 18 LH, el registrador de la propiedad debe calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, así como

la capacidad de los otorgantes y validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos registrales. Y, en relación con la inscripción de los mandamientos judiciales, el artículo 100 RH dispone que la calificación registral se limitará a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandamiento con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro. Esta función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal».

Como ha señalado este Centro Directivo en resoluciones citadas en los «Vistos», si bien es posible anotar por deudas del heredero bienes inscritos a favor del causante, en cuanto a los derechos que puedan corresponder al heredero sobre la total masa hereditaria de la que forma parte tal bien, es, para ello imprescindible la acreditación de tal cualidad de heredero la cual no está plenamente justificada por el solo hecho de ser el ejecutado hijo del titular registral y aunque se presente certificación negativa del Registro de la Propiedad de Actos de Última Voluntad, ya que la relativa eficacia de tal certificación (cfr. art. 78 del Reglamento Hipotecario), y la posibilidad de causas que impidan o hagan ineficaz el hipotético llamamiento de un hijo, hacen que sea imprescindible la presentación del título sucesorio que no puede ser otro que cualesquiera de los que enumera el artículo 14 de la Ley Hipotecaria. Tratándose de deudas propias del heredero demandado, el artículo 166.1.ª 2.º del Reglamento Hipotecario posibilita que se tome anotación preventiva únicamente en la parte que corresponda el derecho hereditario del deudor, sin que esa anotación preventiva pueda hacerse extensible al derecho hereditario que pueda corresponder a otros posibles herederos, cuya existencia no queda excluida con la documentación presentada.

Resolución de 19-12-2017

(BOE 10-1-2018)

Registro de la Propiedad de Azpeitia.

#### VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1320 DEL CÓDIGO CIVIL.

Dentro de las disposiciones generales relativas a todo régimen económico-matrimonial, dispone el artículo 1320 del Código Civil que «para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe». Esta norma se encuentra en el capítulo de las disposiciones generales del régimen económico-matrimonial, o régimen primario, aplicándose con independencia del régimen económico patrimonial que rijan constante matrimonio. A ello debe añadirse lo establecido en el artículo 21 de la LH. Con la finalidad de evitar que ingresen en el Registro actos impugnables y, a la vez, con la de contribuir a la realización de los fines pretendidos con la norma sustantiva, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige —para

la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble apto para vivienda y en el que no concurra el consentimiento o la autorización prescritos en el artículo 1320 del Código Civil— bien la justificación de que el inmueble no tiene el carácter de vivienda habitual de la familia, bien que el disponente lo manifieste así.

Como ya señaló la resolución de 7 de diciembre de 2007, la conformidad prestada por el cónyuge no titular a la disposición de la vivienda por exigirlo el artículo 1320 del Código Civil, sustancialmente no es sino un simple asentimiento que se presenta como una declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno, es decir concluido por otro, por la que un cónyuge concede su aprobación a un acto en el que no es parte. La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010, citada en muchas otras, entre ellas recientemente la de 6 de marzo de 2015, recogió esta tesis señalando «la jurisprudencia ha interpretado el artículo 1320 del Código Civil como una norma de protección de la vivienda familiar. En consecuencia, no puede mantenerse, como afirma el recurrente, que, en los actos de disposición sobre viviendas, realizados por uno solo de los cónyuges casados bajo el régimen de separación de bienes, no sea necesario expresar si dicha vivienda es o no la habitual de la familia.

Resolución de 19-12-2017

(BOE 10-1-2018)

Registro de la Propiedad de Infiesto.

#### EXPEDIENTE DEL ARTÍCULO 199 DE LA LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Con carácter previo, constando practicada en el procedimiento la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9.o de la Ley Hipotecaria, debe recordarse el contenido del párrafo d) de la regla Segunda de la resolución circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de noviembre de 2015, a cuyo tenor, «si llegados los quince últimos días de vigencia del asiento de presentación no se hubiera culminado todavía la tramitación íntegra del procedimiento, y ante la imposibilidad de practicar la inscripción, el registrador tomará la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria. Si finalizado el procedimiento el Registrador acuerda la práctica del asiento solicitado, una vez extendido, con la prioridad derivada del asiento de presentación inicial, quedará sin efecto la citada anotación. Si resuelve suspender o denegar la inscripción, el Registrador lo hará constar mediante nota al margen de la anotación practicada». Se trata esta, no de una anotación preventiva por defectos subsanables, sino de una anotación preventiva por imposibilidad del registrador. Carece de sentido, por tanto, la extensión de la misma con anterioridad, antes de la constatación evidente de la dificultad de tramitación completa del procedimiento mientras esté vigente el asiento de presentación.

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. Además, dispone el precepto que a los efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, el registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles, que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación, para lo que podrá acudir a la aplicación informática prevista en dicha norma y homologada en la resolución de esta Dirección General de 2 de agosto de 2016. Por otra parte, 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.

Esta Dirección General ya ha señalado en varias ocasiones la posibilidad de que una finca registral tenga varias representaciones gráficas catastrales, y ello conforme a la resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro de 26 de octubre de 2015. Sin embargo, no es posible el supuesto inverso, es decir, que una sola representación gráfica se atribuya a varias fincas registrales, ya que la inscripción de dicha representación implicaría encubrir un acto de agrupación, lo cual proscribiera expresamente los artículos 199 y 201 de la Ley Hipotecaria.

Respecto de tres de las fincas afectadas no pueden considerarse justificadas las dudas de identidad, ya que ha existido un previo pronunciamiento judicial sobre la descripción de la finca que se encuentra inscrito y bajo la salvaguarda de los tribunales (cfr. art. 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria), siendo la representación gráfica que pretende inscribirse plenamente respetuosa con la descripción resultante de dicho pronunciamiento judicial.

Por el contrario, en relación con otra de las fincas existe una total falta de correspondencia entre la descripción de la finca en la solicitud y la que resulta de la representación gráfica aportada (certificación catastral descriptiva y gráfica). Esta grave desproporción justifica, por sí sola, la calificación de la registradora, ya que como presupuesto de aplicación de cualquier procedimiento para la rectificación de descripción de la finca es que se aprecie una correspondencia entre la descripción de la finca que conste en el Registro y la que resulte de la representación gráfica de la misma que se pretende inscribir. Además, resultan claramente identificadas y fundamentadas las dudas del registrador en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes inscritas.

Respecto de las alegaciones formuladas relativas a la existencia de una posible doble inmatriculación, siquiera parcial, esta alegación es acogida por la registradora en su calificación, aludiendo a esta situación patológica del Registro. La registradora, al emitir su nota de calificación, no manifiesta ningún juicio expreso sobre este particular, identificando las fincas afectadas por esta situación, ni iniciando, en consecuencia el procedimiento previsto en el artículo 209 de la Ley Hipotecaria conforme a la doctrina anteriormente expuesta. Esta circunstancia, unida a la ausencia de identificación por la registradora de las fincas afectadas por una posible doble inmatriculación, impide que, respecto de estas tres concretas fincas, puedan ser estimadas las dudas de identidad basadas en la existencia de un supuesto de doble o múltiple inmatriculación.

En los casos de existencia de dudas debidamente justificadas, cabe acudir al deslinde, como reconoce el propio artículo 199. Asimismo puede acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. art. 198 de la Ley Hipotecaria).



Resolución de 19-12-2017  
(BOE 10-1-2018)  
Registro de la Propiedad de Cervera.

### TERCERÍA DE MEJOR DERECHO: POSICIÓN DEL TERCERISTA.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo: a) que el embargo es un acto procesal de trascendencia jurídico-real, pero cuyo objetivo no es la de constituir una garantía directa y exclusiva en favor del crédito que lo motiva, sino el aseguramiento del buen fin de la ejecución; b) que, consecuentemente con lo antes señalado, la colisión entre embargos recayentes sobre el mismo bien no debe confundirse con la existente entre los créditos subyacentes, aquella se desenvuelve en la esfera jurídica real, y ha de resolverse por el criterio de la prioridad temporal, en tanto que la segunda se decide por la regla general de la «*par conditio creditorum*» sin perjuicio de las excepciones legalmente establecidas; c) aun existiendo un solo embargo sobre el bien puede darse colisión de créditos si en el procedimiento en que se decretó la traba otro acreedor del propietario embargado interpone tercería de mejor derecho, y a la inversa, coexistiendo dos embargos sobre un mismo bien acordados en procedimientos diferentes, no se dará colisión entre los respectivos créditos si el embargante posterior no concurre al procedimiento iniciado antes por medio de la respectiva tercería; d) que el objetivo exclusivo de la tercería de mejor derecho es la determinación del orden en que, con el precio obtenido en la venta de los bienes embargados, se efectuará el pago de los créditos concurrentes en una ejecución individual (cfr. arts. 613 y 616 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin que pueda deducirse de aquí, una alteración de la prioridad respectiva entre los embargos; y e) que, obtenida sentencia estimatoria en la tercería de mejor derecho, es innecesaria la inversión del rango entre los embargos que pudieran estar trabados a instancia de cada uno de los contendientes (piénsese que el tercerista puede no haber iniciado un procedimiento específico por el cobro de su crédito), pues el crédito del tercerista puede hallar satisfacción en el propio juicio ejecutivo al que accedió en vía de tercería, y ello, aun cuando el acreedor pospuesto no pidiese ejecución de su sentencia de remate.

Sería improcedente, que el tercerista, luego de obtener una sentencia en la que no solo obtiene una condena al pago contra el deudor sino también un derecho de preferencia en el cobro frente al otro acreedor (uno y otro han de ser demandados en la tercería conforme al artículo 617 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), no pudiera pedir que en ese juicio ejecutivo al que concurrió, se pase directamente al apremio de los bienes embargados a instancia del acreedor pospuesto (frente al que tiene preferencia de cobro) y hubiera de solicitar del mismo juez que decretó el embargo un segundo embargo de esos mismos bienes para proceder a su apremio en ejecución de su sentencia.

A tenor del artículo 654 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez celebrada la subasta (o el procedimiento alternativo que fuera acepado por los interesados) el importe obtenido en la misma deberá servir, en primer lugar para satisfacer el importe reclamado por el ejecutante, así como las costas de ejecución (aunque dentro de los límites previstos en el artículo 613 de la norma procesal civil, que impone ciertas limitaciones en la satisfacción del ejecutante cuando existan terceros adquirentes en una adjudicación de rango no preferente), salvo que, como ocurre en el presente caso, se hubiese estimado una tercería de mejor derecho en cuyo caso será el tercerista su perceptor y tan solo cuando este haya

adquirido todo su crédito, el restante de lo obtenido irá a parar, hasta donde alcance, al ejecutante y solo para el caso de que hubiese sido satisfecho el tercerista y el ejecutante —ambos en la integridad de sus respectivos créditos— el sobrante sí se destinará a los titulares de derechos inscritos con posterioridad al gravamen conforme al principio «*prior in tempore potior in iure*». No obstante en el presente caso, como afirma el recurrente no existe tal sobrante al haber sido satisfecho el precio de la adjudicación a quien ha resultado ser tercerista reconocido por resolución judicial (sentencia de 3 de octubre de 2014) con preferencia al ejecutante.

Como ya señaló este Centro Directivo en resolución de 7 de mayo de 1999, en virtud del embargo, todo el precio de remate del bien trabado y no solo una parte igual al importe de la obligación que determina la traba, queda afecto a las resultas del proceso debiendo darse la aplicación prevista en las normas procesales pertinentes, sin que tenga fundamento legal la pretensión que subyace en el defecto impugnado, de que solo una parte del precio de remate igual al importe de la obligación del actor que determina la traba, quedaría afectada a dicho procedimiento, y el eventual exceso habría de quedar a disposición de los embargantes posteriores.

Resolución de 20-12-2017

(BOE 12-1-2018)

Registro de la Propiedad de Barakaldo.

**PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESIDAD DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.**

Impone la Ley, y así lo ha declarado este Centro Directivo también de forma reiterada, que para realizar el despacho de los títulos es necesario que por el registrador se proceda a su previa calificación en virtud del principio de legalidad, siendo una de las circunstancias esenciales que deberá comprobar ineludiblemente al hacer tal calificación la de la previa inscripción del derecho de que se trate a favor de la persona disponente o la que haya de perjudicar la inscripción por practicar, debiendo suspender esta cuando no resulte inscrito aquel derecho o denegarla cuando resulte inscrito en favor de persona distinta, doctrina general que establece el artículo 20, párrafos primero y segundo, de la Ley Hipotecaria, y que se adapta y reitera en cuanto a las anotaciones de embargo en el artículo 140, reglas primera y segunda, del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 20-12-2017

(BOE 12-1-2018)

Registro de la Propiedad de Córdoba, número 2

**BIENES PRIVATIVOS POR CONFESIÓN: FORMA DE ACREDITAR LA CONDICIÓN DE HEREDEROS FORZOSOS DEL CONFESANTE.**

El registrador y el notario recurrente debaten únicamente sobre la forma de acreditar la cualidad de herederos forzosos del cónyuge confesante que conforme al citado artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario deben prestar su consentimiento a la transmisión del bien de que se trata.

La resolución de esta Dirección General de 12 de noviembre de 2011 puso de relieve que la diferencia entre el testamento o el contrato sucesorio y la declaración judicial o acta de declaración de herederos abintestato, como títulos sucesorios atributivos o sustantivos, es sustancial. En estas últimas, lo relevante es la constatación de determinados hechos —fallecimiento, filiación, estado civil, cónyuge, etc.— de los que deriva la atribución legal de los derechos sucesorios. Por el contrario, en la delación testamentaria lo prevalente es la voluntad del causante. El testamento es un negocio jurídico y, en tanto que tal, se constituye en ley de la sucesión (cfr. art. 658 del Código Civil).

Como añadió la citada resolución de 12 de noviembre de 2011, frente al testamento, en las resoluciones judiciales o actas de declaración de herederos abintestato el registrador, si bien debe contar para su calificación e inscripción con todos los particulares necesarios para esta —incluyendo todos los que permitan alcanzar el corolario de la determinación individualizada de los llamamientos hereditarios operados por la ley—, ello no impide que la constatación documental de tales particulares pueda ser realizada por el notario autorizante, bien mediante una transcripción total o parcial de los mismos o bien mediante un testimonio en relación, los cuales quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica para la inscripción establecida en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria (cfr. Resolución de 3 de abril de 1995), siempre que resulten los elementos imprescindibles para la calificación en los términos que a continuación se exponen.

Como se expresa en las citadas resoluciones de 12 y 16 de noviembre de 2015, de conformidad con el artículo 22 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la calificación registral de las actas notariales de declaraciones de herederos abintestato abarcará la competencia del notario, la congruencia del resultado del acta con el expediente —incluyendo la congruencia respecto del grupo de parientes declarados herederos—, las formalidades extrínsecas y los obstáculos que surjan del Registro. En el presente caso no se trata de la calificación del título sucesorio abintestato del que se derive la transmisión que se pretenda inscribir, pero son aplicables, «*mutatis mutandis*», las consideraciones anteriores, pues, como afirma el recurrente, la cualidad de heredero forzoso resulta de lo establecido en la ley (*vid.* art. 807 del Código Civil). En el acta complementaria de la escritura calificada el notario autorizante se limita a citar la escritura de herencia del cónyuge confesante de la que resultan quiénes son sus herederas y a declarar simplemente que es notorio que ellas son las únicas legitimarias. Pero, dado que no se acompaña el citado título sucesorio ni se especifica nada más sobre las circunstancias en que se basa esa determinación de la cualidad de herederas forzosas y su notoriedad, en términos que permitan alcanzar el corolario de la determinación individualizada de quienes son legitimarios «*ope legis*», es evidente que tales extremos son insuficientes para considerar acreditada dicha condición.

Resolución de 21-12-2017

(BOE 12-1-2018)

Registro de la Propiedad de Algeciras, número 2

#### REFERENCIA CATASTRAL: REQUISITOS PARA SU CONSTANCIA EN LA INSCRIPCIÓN

En el presente caso la actuación del registrador ha sido correcta, en un primer momento, al advertir en la nota de despacho el incumplimiento de la obligación

de aportar una referencia catastral coincidente en los términos del citado artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1/2004, ya que dicha actuación se ajusta a lo dispuesto en los preceptos citados.

En el presente caso se emite una primera nota de despacho, con una sucinta motivación jurídica, en la que se indica que no se tiene por cumplida la obligación de aportación de la referencia catastral, al existir dudas de identidad de la finca. Por tanto no cabe sino concluir que la actuación registral enjuiciada no es en sentido estricto una calificación sujeta a las reglas generales que permiten que sea objeto de recurso, actuación por otra parte, que es plenamente correcta al estar amparada por los artículos 43, 44 y 45 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, según se ha expuesto en el fundamento anterior. Ahora bien, los posteriores actos del registrador ponen de manifiesto que este ha actuado como si de una calificación formal se tratase, requiriendo incluso al interesado a efectos de subsanar determinados extremos del recurso gubernativo por él interpuesto. Aunque aquí no se trata de la expresión de defectos puestos de manifiesto extemporáneamente (cfr. art. 127 del Reglamento Hipotecario), en virtud de este deber de calificación global y unitaria no pueden ser tenidas en cuenta las rectificaciones y complementos alegados por el registrador en su segunda nota de calificación, pues ello generaría una evidente indefensión al interesado, que ya interpuso recurso cuando le fue notificada esta nota de calificación rectificatoria o complementaria de la primera.

Para que proceda la pretendida constancia registral de la referencia catastral es preciso que exista correspondencia entre la finca registral y el documento aportado para acreditar dicha referencia catastral, en el caso de este expediente, certificación catastral descriptiva y gráfica, en los términos que resultan del artículo 45 de la Ley del Catastro Inmobiliario. En lo que se refiere a su superficie, en el Registro consta una cabida de 2.000 metros cuadrados, resultando de la certificación catastral descriptiva y gráfica una superficie de 1.728 metros cuadrados, existiendo una diferencia entre ambas superficies que excede del 10 % legalmente previsto, por lo que es evidente la imposibilidad del reflejo registral de la referencia catastral (cfr. resoluciones de 29 de junio y 17 de julio de 2017). Por tanto, la actuación del registrador ha sido correcta al advertir en la nota de despacho la falta de incorporación de la referencia catastral en los términos indicados por la legislación aplicable.

Resolución de 21-12-2017

(BOE 12-1-2018)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 4

**HERENCIA: NECESIDAD DE LA APROBACIÓN JUDICIAL CUANDO INTERVIENE UN TUTOR.**

Previamente, en lo que concierne al hecho de que el documento se haya inscrito en el Registro de la Propiedad de otro distrito, es preciso reiterar la doctrina de este Centro Directivo recogida en numerosas resoluciones, como las muy recientes de 31 de enero y 13 de septiembre de 2017, por la que el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por

las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Tampoco está vinculado por la calificación efectuada sobre el mismo título por otro registrador aunque este haya sido inscrito.

El artículo 272 del Código Civil dice que «no necesitarán autorización judicial la partición de la herencia ni la división de cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial», lo que se corresponde con el artículo 1060 del mismo texto legal en su redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. El precepto legal recogido en el artículo 272 del Código Civil, se expresa sin matices en relación con si pudiera existir perjuicio para el tutelado, lo que entendió este Centro Directivo en resolución de 6 de noviembre de 2002, que si bien fue revocada por sentencia del Juzgado de Primera Instancia, fue finalmente confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 5 de noviembre de 2003, que se manifiesta de forma cristalina: «la claridad de la literalidad del precepto —refiriéndose al artículo 272— no requiere mayor interpretación».

Resolución de 27-12-2017

(BOE 19-1-2018)

Registro de la Propiedad de Coцентaina.

#### **DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.**

Es objeto de este recurso resolver acerca de la posibilidad de inscribir el uso sobre la vivienda familiar, fijado en un pacto de convivencia de una pareja de hecho al tiempo de su separación, existiendo la circunstancia de que la adjudicataria de dicho derecho es la madre de la hija menor de edad habida entre ambos interesados, y que además resulta ser la titular del «régimen de convivencia unilateral» de dicha menor, tal y como resulta del título presentado.

Con carácter previo, debe recordarse que dicha figura jurídica, en el ámbito de las situaciones de crisis matrimonial, encuentra su regulación legal en los artículos 90 y 96 del Código Civil. No puede obviarse que, en el ámbito territorial específico de la Comunidad Autónoma Valenciana, en la que ambos progenitores conviven y bajo cuya legislación se ha dictado la sentencia objeto de calificación, coexiste la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que si bien ha sido declarada inconstitucional, debe estarse al alcance dado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 2016. Sin embargo, la aplicación de la norma autonómica, tampoco puede quedar acreditada de manera indubitada, puesto que su ámbito subjetivo se circunscribe a los padres de vecindad civil valenciana (art. 2), extremo este que no se ha justificado en el expediente.

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, ya que esta es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. art. 96, último párrafo, del Código Civil). Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo. Dentro de esta especial naturaleza del derecho de uso

atribuido en los procesos de crisis matrimonial, adquiere especial relevancia la sentencia de la Sala del Pleno del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010, cuando manifiesta que «(...) En el tema de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, deben tenerse en cuenta dos tipos de situaciones que se pueden producir, al margen de las previstas en el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil: 1.º. Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema del precario, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia. Otra cuestión es la relativa a los terceros adquirentes de estos bienes, de la que esta sentencia se ocupa más adelante. 2.º. Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios.

Uno de sus pilares básicos que permitan garantizar la oponibilidad y conocimiento de los derechos inscritos por parte de los terceros, —y por ende, favorecer también la propia protección del titular registral— es el denominado principio de especialidad o determinación registral. Sin embargo, tal y como antes se ha señalado, no puede obviarse las especiales circunstancias y la naturaleza específica de un derecho reconocido legalmente y cuya consideración como de naturaleza familiar influye de manera determinante en su extensión, limitación y duración, máxime cuando este se articula en atención a intereses que se estiman dignos de tutela legal. Puede apreciarse de la doctrina jurisprudencial (sentencias del TS de 18 y 29 de mayo de 2015 y 21 de julio de 2016), en el marco del derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar, cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales, si bien, resultarán de modo indirecto, que cuando no existen hijos o estos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho. Por ello, y presenciando un supuesto de hecho en que existe una hija menor de edad, no resulta preciso señalar el límite temporal del derecho de uso a efectos de su acceso al Registro de la Propiedad.

Resulta conveniente recordar que la finca, como base sobre la cual se hacen constar las operaciones o mutaciones jurídico reales (aunque se produzcan por la constitución de un derecho de naturaleza familiar), su descripción en el título presentado y calificado debe garantizar de modo preciso e inequívoco, su identificación y localización, lo cual queda perfectamente cumplido cuando además de los datos descriptivos se aportan los de inscripción en el Registro de la Propiedad de dicha finca; pero esto no implica que necesariamente deban reflejarse los mismos.

Resulta evidente que el derecho de uso de la vivienda familiar al ser temporal es necesariamente provisional, y que la incorporación del calificativo provisional tal y como viene incluido pueda dar lugar a errores de interpretación, Pero es también cierto que dicha inclusión puede deberse a que la redacción del convenio no deja de ser sino la primera fase del procedimiento de redacción de medidas de la ruptura de la pareja de hecho, y que será después tras su aprobación judicial

y la correspondiente firmeza de dicha resolución cuando el mismo devenga ya definitivo y abandone su carácter de provisional, de ahí que pueda y deba entenderse como innecesaria la referencia su configuración de modo «provisional» una vez el convenio sea objeto de aprobación y alcance firmeza, del modo que aquí ha ocurrido.

Resolución de 8-1-2018  
(BOE 26-1-2018)  
Registro de la Propiedad de Torrelaguna.

#### **HERENCIA: PARTICIÓN CUANDO SE HA EJERCIDO EL RETRACTO DE COHEREDEROS.**

Hay que distinguir entre la naturaleza del derecho hereditario antes de haber sido aceptada la herencia, que se define como un derecho personalísimo que se atribuye al heredero para adquirir la herencia mediante la aceptación; y por otro lado, después de la aceptación, momento en el que el derecho hereditario se define como aquel derecho que corresponde a cada uno de los coherederos sobre la universalidad de los bienes y derechos de la herencia.

Habida cuenta que según el artículo 1000 del Código Civil, se entiende aceptada la herencia cuando un heredero vende, cede o dona su derecho a un extraño, debemos concluir en que la heredera que vendió su derecho, aceptó con este acto la herencia. En consecuencia, entró en juego el derecho de retracto del artículo 1067 que fue ejercitado por los otros coherederos que se subrogaron en lugar del comprador y por lo tanto en la posición de esa heredera. Lo que nos lleva a que ahora en la partición de la herencia, su representación está subsumida en la comparecencia de los retrayentes que se subrogaron en esos derechos.

Resolución de 8-1-2018  
(BOE 26-1-2018)  
Registro de la Propiedad de Caspe.

#### **AGRUPACIÓN: INSCRIPCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA.**

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria en su redacción otorgada por la Ley 13/2015 configura la incorporación de la representación gráfica con carácter preceptivo siempre que se dé cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria, afectando por tanto a la finca resultante una agrupación como se plantea en el presente expediente. La novedad esencial que introduce la reforma en esta materia estriba en que conforme al nuevo artículo 9 de la Ley Hipotecaria, la inscripción habrá de contener, necesariamente, entre otras circunstancias, «la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices». En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca.

Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y

201 de la Ley Hipotecaria y resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016). Además, dispone el precepto que a los efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, el registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles. 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 se aporta una representación gráfica catastral coincidente con la descripción de las fincas que resulta del Registro, sin que las dudas expuestas en la calificación desvirtúen esta coincidencia o justifiquen la tramitación de otro procedimiento ya que se basan exclusivamente en dos circunstancias: las discrepancias con un plano privado al que se refieren los historiales de las fincas que se agrupan y la diferente titularidad catastral. Por otra parte, la divergencia en la titularidad catastral tampoco justifica el rechazo de la representación gráfica aportada ya que no existe ninguna norma que imponga la coincidencia de dicha titularidad, como sucedía, por ejemplo en las inmatriculaciones por título público con el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio. Finalmente no pueden tomarse en consideración las manifestaciones relativas a una posible doble venta que hace el registrador en su informe, ya que nada de esto se indicó en la calificación.

Resolución de 9-1-2018

(BOE 26-1-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 5

#### **PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS.**

Se recurre la negativa del registrador a certificar literalmente los dos últimos asientos practicados sobre una finca. Sostiene el registrador, que tratándose de un supuesto idéntico (en cuanto a las personas interesadas, inscripciones y fincas objeto de publicidad e interés o motivo alegado) al que motivó la interposición de otro recurso ante este Centro Directivo, procede esperar a su resolución, solicitando a esta Dirección General la acumulación de ambos recursos. Ciertamente es que ambas solicitudes de certificación (la de 9 de septiembre de 2017, cuya negativa fue objeto de recurso resuelto por resolución de 11 de diciembre de 2017) y la que motiva el presente recurso, de fecha 6 de octubre de 2017, se refieren a los mismos asientos de una finca, pero el solicitante no es la misma persona y se discutía, además, en aquel recurso, otra cuestión controvertida como es la de la constancia del precio en las certificaciones.

La posibilidad de expedir certificaciones relativas a derechos o asientos extinguidos o caducados a solicitud expresa del interesado se recoge en el artículo 234 de la Ley Hipotecaria pero también en estos casos es preciso que se justifique un interés legítimo en los asientos solicitados, con más cautela incluso, que respecto de los asientos vigentes. Ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información.



En relación con el interés legítimo, sostiene la Dirección General (cfr. la última Resolución sobre la materia de fecha 25 de noviembre de 2016) que debe ser conocido, directo y legítimo. Tal interés legítimo, en el ámbito del Registro de la Propiedad, ha de probarse a satisfacción del registrador de acuerdo con el sentido y función de la institución registral.

En el presente recurso, en la solicitud inicial de publicidad únicamente se indica que la certificación se solicita para interponer demanda de testamentaria. Se solicita certificaciones literales de dos inscripciones. Una de las cuales está cancelada. En el escrito de recurso se añade que la solicitud de información busca averiguar si la masa hereditaria a la que ha sido llamado el solicitante por testamento, se ha visto mermada en fraude de sus derechos por la transmisión posterior que hizo la causante. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resolución de 25 de julio 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

Resolución de 9-1-2018  
(BOE 26-1-2018)  
Registro de la Propiedad de Moguer.

#### **ELEVACIÓN A PÚBLICO DE UN DOCUMENTO PRIVADO: NECESARIA INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS DEL CONTRATANTE FALLECIDO.**

Como ha puesto de relieve anteriormente este Centro Directivo (cfr., por todas, la resolución de 13 de abril de 2005), debe recordarse en primer lugar que la elevación a público de un documento privado compete a los intervinientes en el mismo resultando que en caso de fallecimiento de uno de ellos deberán comparecer todos los herederos del mismos acreditando tal condición mediante la aportación del título sucesorio. El objeto de controversia en el presente expediente se limita a determinar si como consecuencia del fallecimiento del vendedor deberá comparecer para proceder a su elevación a público exclusivamente la hija designada heredera universal en el testamento o también el otro hijo, don J. F. C. P., al que se le atribuye exclusivamente la legítima estricta por título de legado.

Respecto de tal cuestión se ha pronunciado esta Dirección General en resolución de 23 de mayo de 2007 al disponer que los contratos, una vez celebrados, solo producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos (cfr. art. 1257.1 del Código Civil), por cuanto solo ellos asumen y se les puede exigir, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de aquel, entre las que se encuentra la exigencia de su formalización de forma pública (arts. 1279 y 1280 del Código Civil). Esta Dirección General ha tenido ocasión de manifestarse en repetidas ocasiones respecto de la naturaleza del derecho que corresponde a los legitimarios en nuestro Derecho común como consecuencia de controversias surgidas en la fase de partición hereditaria, reconociendo que 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. En efecto la legítima en nuestro Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales) se configura generalmente como

una «*pars bonorum*». De ahí, que se imponga la intervención del legitimario en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima, son operaciones en las que ha de estar interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima (resolución de 17 de octubre de 2008).

Resolución de 10-1-2018

(BOE 26-1-2018)

Registro de la Propiedad de Palafrugell.

#### URBANISMO: CADUCIDAD DE LA AFECCIÓN REAL DERIVADA DE LOS PROYECTOS DE REPARCELACIÓN.

El artículo 20 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, prevé la caducidad en un plazo máximo de siete años de la afección urbanística derivada de la ejecución de los proyectos de reparcelación. El hecho de que el artículo 155 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña aplicable a este supuesto, no incluye el último inciso del artículo 20 del Real Decreto 1093/1997, no impide su aplicación ya que la regulación de la inscripción de los actos de naturaleza urbanística y por tanto la de los plazos de duración de los asientos registrales, así como la posibilidad o no de su prórroga, es competencia exclusiva del Estado en base al artículo 149.1.8.ª de la Constitución Española, y, en consecuencia, dichos plazos serán aplicables independientemente de que, como sucede en determinados casos, la legislación autonómica, que es a su vez competente en materia de gestión urbanística, regule la posibilidad de practicar la afección.

El hecho de que las fincas no queden afectas por más de siete años previsiblemente se produce porque el legislador consideró que es un plazo suficiente para la ejecución de la urbanización y para exigir las cantidades correspondientes. Bien es cierto que puede ocurrir y más en situaciones de ralentización de la actividad inmobiliaria como la actual, que dicho plazo resulte insuficiente. No hay previsión legal de prórroga de la afección practicada, en consecuencia, no cabe aplicar por analogía a las notas marginales de afección real la norma de la prórroga prevista para las anotaciones preventivas en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria.

La constancia de la elevación a definitiva de la cuenta provisional de la liquidación si bien tiene el efecto de concretar y rectificar en su caso la afección practicada conforme a la cuenta provisional, no conlleva ni la extensión de una nueva afección ni la prórroga de la existente ni la conversión de la inicial afección con vigencia temporal en otra con duración indefinida. Antes al contrario, la fecha de conversión de la liquidación provisional en definitiva implica que el plazo de la vigencia de la afección pueda incluso acortarse pues a partir de ese momento, tendrá una duración de dos años cualquiera que fuese el plazo de duración transcurrido y siempre con el tope de los siete años conforme se ha señalado anteriormente.

Resolución de 10-1-2018

(BOE 26-1-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 2

#### COLEGIOS PROFESIONALES: ÓRGANO COMPETENTE PARA LA ADQUISICIÓN DE INMUEBLES.

Los colegios profesionales de Enfermería son corporaciones de Derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. En consecuencia, y de acuerdo con la legalidad vigente, pueden adquirir bienes inmuebles. Del artículo 23 de los referidos Estatutos resulta claramente que el órgano gestor del Colegio de Oficial de Diplomados en Enfermería de Madrid es la Junta de gobierno, pues a esta se le atribuye la función de «dirigir, gestionar y administrar el Colegio en beneficio de la Corporación» —apartado b)—. Y entre los actos de gestión propia de este órgano de administración debe incluirse una adquisición de inmuebles como la formalizada en la escritura objeto de la calificación impugnada, toda vez que para tal acto falta una atribución legal o estatutaria de competencia a la junta general con la correlativa falta de facultades de la Junta de gobierno. Aunque a esta se le atribuya la función de «ejecutar los acuerdos adoptados por la Junta general» —apartado a)—, no puede interpretarse que en actos de gestión, como es la adquisición de inmuebles, solo pueda limitarse a ejecutar la decisión de adquisición adoptada por la Junta.

Resolución de 10-1-2018

(BOE 26-1-2018)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 1

#### PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: EFECTOS E INSCRIPCIÓN.

Se debe recordar la doctrina de esta Dirección General sobre el pacto de reserva de dominio según la cual, admitida la plena validez de tal pacto en el ámbito de los bienes inmuebles, la compraventa que lo incorpore debe tener acceso al Registro de la Propiedad. Aunque el pacto de reserva supone la dilación de la transmisión del dominio a un momento posterior, el del completo pago del precio, no por ello deja de desenvolver unos efectos que han sido reconocidos reiteradamente por la jurisprudencia y que merecen la oportuna protección del Registro. En el supuesto de compraventa con precio aplazado y pacto de reserva de dominio el comprador adquiere la posesión de la cosa y no puede enajenarla ni gravarla (art. 4 de la Ordenanza para el Registro de la Propiedad de Venta a Plazos de Bienes Muebles), estando limitada la acción de sus acreedores a la posición jurídica adquirida (*vid.* regla decimoquinta de la Instrucción de esta Dirección General de 3 de diciembre de 2002). El vendedor por su parte, pese a conservar el dominio, está limitado por el derecho del comprador y solo puede disponer de su derecho respetando su posición jurídica como solo puede ser embargado su derecho en los mismos términos. Al igual que en el caso de la condición resolutoria, el incumplimiento de la obligación de pago da lugar a la resolución contractual con efectos frente a terceros si consta debidamente inscrito, pero esta identidad de efectos en caso de impago no altera el hecho de que

durante el periodo de pendencia los efectos son radicalmente distintos, lo que justifica sobradamente que las partes opten por una u otra fórmula de acuerdo a lo que resulte más conforme con sus intereses en ejercicio de su libertad civil.

En el presente caso no puede ignorarse la nota extendida por el notario en la matriz de la escritura calificada sobre el hecho de haber quedado resuelta la compraventa en ella formalizada según consta en otra escritura que se reseña otorgada ante el mismo notario. Dado el contenido de dicha nota queda indudablemente en entredicho la virtual eficacia de la escritura de compraventa en la que aquella ha quedado extendida. En consecuencia y con referencia a la —así conceptualizada— resolución contractual operada, su posible inexactitud y su ámbito objetivo, en cuanto a qué fincas (de las inicialmente objeto de compraventa) afectaría, podría ser objeto de una nueva calificación presentando al Registro la copia de tal escritura resolutoria, y de no afectar a todas las fincas sino solo a las siete afectadas por la condición —y subsanados los defectos no recurridos que pudieran afectar a la transmisión aparentemente no condicionada—, no habría obstáculo para su inscripción en favor del ahora recurrente (por ello es excesivo calificar el defecto como insubsanable), sin perjuicio de que, si la resolución no se ajustó a Derecho o la parte se siente perjudicada, quepa (dejando siempre a salvo una posible y eventual conformidad de todos los interesados plasmada en forma) que se ejerciten las oportunas acciones ante los tribunales en el proceso correspondiente, cuyos pronunciamientos producirán los efectos sustantivos y registrales que le sean propios.

Resolución de 11-1-2018

(BOE 26-1-2018)

Registro de la Propiedad de Sueca.

#### HERENCIA: FACULTADES DEL CONTADOR PARTIDOR.

Este Centro Directivo ha dicho (resolución de 18 de julio de 2016) que «para que la partición del contador se sujete a lo establecido en los artículos 841 y siguientes es preciso que la autorización del testador se refiera al artículo 841, ya sea invocándolo numeralmente o bien refiriéndola al supuesto en él previsto, con sus propias palabras o con otras cualesquiera con sentido equivalente, aunque técnicamente sean impropias o incorrectas, o simplemente de significado distinto si por su sentido resulta indudable la intención del testador de conferir una autorización que encaje con el supuesto del artículo 841. Así lo será en los casos en que el testador designe heredero universal a uno de los descendientes legitimarios o a varios, y legue a los demás legitimarios y mejorados la compensación que, para satisfacer sus respectivas legítimas, el instituido o los instituidos deban abonarles en metálico». Centrados en el supuesto de este expediente, no es claro que del testamento del mismo, resulte de forma indubitada la concesión de la facultad del testador para el pago de la legítima en metálico y la concurrencia de los requisitos para esta figura. Pero es que además, en este supuesto, es inocua la interpretación, pues como se reconoce en la calificación y se alega por los recurrentes, no se han cumplido los requisitos y garantías exigidas por los artículos 841 y siguientes. Esto nos aboca a la partición ordinaria recogida en los artículos 1057 a 1063 del Código Civil, por lo que tampoco sería precisa la aprobación del letrado de la Administración de Justicia o notario (cfr. art. 843 del Código Civil).

Aclarado que nos encontramos ante una partición hecha por el contador-partidor en los términos ordinarios de los artículos 1057 y siguientes del Código Civil, hay que recordar la doctrina reiterada de este Centro Directivo («Vistos»), según la cual, siendo practicada la partición por el contador-partidor, no es necesaria la intervención de todos los legitimarios. Ocurre que en este supuesto, la testadora ha ordenado que la legítima se pague en metálico y no existe dinerario en la herencia, por lo que el contador-partidor ha realizado la partición adjudicando bienes del caudal relicto a los legitimarios no instituidos herederos. La doctrina y la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2012 han admitido que cabe hacer en metálico extra hereditario, lo que no implica que forzosamente se deba hacer así, pues no se ha de olvidar que la posibilidad de pago de la legítima en metálico es una facultad y no una obligación de los herederos.

El contador-partidor, después de calcular las legítimas de los hijos de la causante y de la heredera de uno de ellos por derecho de trasmisión, no procede al pago en metálico de su cuota ya que tal cantidad no existe entre los bienes hereditarios del causante, sino que adjudica unas partes indivisas de bien inmueble a los legitimarios. Se ha optado por lo tanto por una partición en forma ordinaria que practica el contador sin que sea precisa la intervención de los herederos ni los legitimarios. Y no obstante, los herederos han concurrido al otorgamiento aunque lo han hecho para el otorgamiento de la adición de otra herencia anterior. Queda por determinar si a falta de dinero en el caudal relicto, es obligatorio para los herederos o para el contador-partidor realizar el pago de forma forzosa en metálico extra hereditario, no encontrándonos en el supuesto del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil. La respuesta debe ser negativa.

Resolución de 11-1-2018

(BOE 26-1-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 24

#### **DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.**

Como recuerdan las resoluciones de 19 de enero y 20 de octubre de 2016 de esta Dirección General de los Registros y del Notariado 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, ya que esta es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. art. 96, último párrafo, del Código Civil). 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 lo aprueba, en atención al interés más necesitado de protección, aprobar la medida acordada por los cónyuges y, en consecuencia, atribuir el uso del domicilio familiar a los hijos menores, sin olvidar que «vivirán en compañía de su madre».

Desde el punto de vista de la legislación registral, uno de sus pilares básicos que permitan garantizar la oponibilidad y conocimiento de los derechos inscritos

por parte de los terceros, —y por ende, favorecer también la propia protección del titular registral— es el denominado principio de especialidad o determinación registral. Por lo tanto la primera de dichas exigencias es la perfecta determinación de las circunstancias personales de la hija menor a cuyo favor se ha reconocido tal derecho y que debe convertirse en titular registral del mismo. Especial atención merece en cuanto a su correcta delimitación, el régimen temporal del derecho de uso sobre la vivienda familiar. A este respecto, cabe recordar lo que dice la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Puede apreciarse de la doctrina jurisprudencial, en el marco del Derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar, cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales, que cuando no existen hijos o estos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho. Por ello, y presenciando un supuesto de hecho en que existe una hija menor de edad, no resulta preciso señalar el límite temporal del derecho de uso a efectos de su acceso al Registro de la Propiedad.

En el presente caso, la sentencia de separación de los cónyuges acuerda la atribución del uso de la vivienda familiar a la hija menor, sin que del texto de la citada sentencia resulte dato alguno que permita la identificación personal de la misma. Debe ser el Juzgado ante el que se tramitó la separación el que aclare tales circunstancias personales o bien deben acreditarse estas por los interesados, pero sin que a estos efectos pueda subsanarse dicha omisión con la aportación de fotocopia del libro de familia ya que al no tratarse del documento auténtico, no reúne los requisitos de autenticidad necesarios para que pueda admitirse como documento inscribible (arts. 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento). Por otro lado solo cuando resulte acreditado el nombre y apellidos y la edad de la hija, podrá la registradora valorar adecuadamente si el hecho de que la hija del matrimonio sea mayor de edad en estos momentos, afecta y en qué medida a la pervivencia o no del derecho de uso conforme se ha señalado anteriormente.

También debe confirmarse el criterio de la registradora cuando exige que se identifique qué finca es la que constituye el domicilio familiar. Parece obvio que no puede practicarse la inscripción del derecho de uso si no se ha señalado sobre qué finca registral se ha constituido. Siendo la finca el elemento primordial de nuestro sistema registral —de folio real—, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico real (cfr. arts. 1, 8, 9, 17, 20, 38 y 243 de la Ley Hipotecaria y 44 y 51.6.a del Reglamento Hipotecario), constituye presupuesto básico de toda actividad registral la identidad o coincidencia inductada entre la finca que aparece descrita en el título presentado y la que figura inscrita en el Registro. Es verdad que se aporta una diligencia de ordenación de fecha 13 de junio de 2017, pero dicha diligencia no consta firmada, con lo que no reúne los requisitos de autenticidad necesarios para que pueda admitirse como documento inscribible (arts. 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento).

Resolución de 12-1-2018

(BOE 26-1-2018)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 3

**RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.**

Es presupuesto indispensable para la admisión del recurso la existencia de una nota de calificación negativa. En el presente caso, no hay nota que pueda ser

objeto de recurso. El registrador despachó los títulos presentados y los asientos extendidos se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales *ex* artículo 1 de la Ley Hipotecaria. En consecuencia, como ya ha declarado este Centro Directivo en reiteradísimas ocasiones, no es el recurso cauce hábil para su impugnación, sino que tal impugnación ha de hacerse mediante demanda ante los tribunales de Justicia contra todos aquellos a los que la inscripción practicada conceda algún derecho.

Resolución de 12-1-2018

(BOE 26-1-2018)

Registro de la Propiedad de Tarragona, número 1

#### ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PRORROGADAS ANTES DE LA LEY 1/2000.

Con la interpretación sentada por la Instrucción de este Centro Directivo de 12 de diciembre de 2000 reiterada en numerosas ocasiones (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) quedó claro que, para las anotaciones preventivas prorrogadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, no era necesario ordenar nuevas prórrogas, según el párrafo segundo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario, por lo que no cabe su cancelación por caducidad.

Por lo que se refiere a la alegación del recurrente, relativa a la prescripción de las acciones de los embargantes, hemos de traer a colación la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 2016, en la que se dice que el expediente de liberación de cargas, no es medio hábil para la cancelación de las anotaciones preventivas prorrogadas, en caso como el que ahora nos ocupa, dado que según el artículo 210 de la Ley Hipotecaria (tras su reforma por la Ley 13/2015), el expediente se aplica a cargas o derechos que hayan quedado legalmente extinguidos por prescripción, caducidad o no uso; y no resulta medio hábil para la cancelación de anotaciones de embargo, porque «el embargo, no es algo que, en sí mismo sea susceptible de uso o no uso, ni tampoco de prescripción, pues tal medida procedimental subsiste en tanto no sea expresamente revocada por la autoridad administrativa o judicial que la decretó», y en cuanto a la cita del recurrente relativa al artículo 1964 del Código Civil, entendemos inaplicable dicho argumento por la razón expuesta en la resolución citada.

Se reitera aquí el criterio adoptado por este Centro Directivo, desde la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de mayo de 1998, en el sentido de aplicar analógicamente lo dispuesto en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, de manera que se reconoce un plazo de seis meses, contados desde la emisión de la resolución judicial firme en el proceso en que la anotación preventiva y su prórroga fueron decretadas, para poder proceder a su cancelación. Este mismo enfoque es el que se ha venido reiterando en otras Resoluciones posteriores, concretamente en las de 11 y 23 de mayo de 2002, 27 de febrero, 12 de noviembre y 20 de diciembre de 2004, 19 de febrero, 23 de mayo y 18 de junio de 2005 y 4 de junio de 2010.

Resolución de 12-1-2018  
(BOE 26-1-2018)  
Registro de la Propiedad de Betanzos.

#### ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de esta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes.

Aunque a la fecha de adjudicación estuviese vigente la anotación, la resolución judicial no implica prórroga del plazo de vigencia de la anotación y debe estarse a la fecha de su presentación en el Registro de la Propiedad, según resulta de los preceptos citados en los precedentes «Vistos». En ningún caso, pueden contarse los efectos derivados del principio de prioridad registral, desde la fecha de los documentos, sino desde la de su presentación en el Registro de la Propiedad.

No obstante, como tiene declarado este Centro Directivo el actual titular registral tiene a su disposición los remedios previstos en el ordenamiento si considera oportuna la defensa de su posición jurídica (arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 117, 594, 601 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y sin que la confirmación del defecto suponga prejuzgar la decisión que los tribunales, en su caso, puedan adoptar en orden a la preferencia entre cargas, mediante la interposición de las correspondientes tercerías de mejor derecho, o por la ausencia de buena fe, sin que en vía registral pueda determinarse la prórroga indefinida de la anotación preventiva de embargo, por cuanto la prórroga de vigencia de las anotaciones preventivas viene determinada por Ley y su caducidad implica la pérdida de su prioridad registral.

Resolución de 15-1-2018  
(BOE 26-1-2018)  
Registro de la Propiedad de Inca, número 2

#### RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados. El artículo 199 regula el procedimiento para la inscripción



de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro. En todo caso, en este procedimiento 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. Además, dispone el precepto que a los efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, el registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles.

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. Toda vez que no procede la inscripción de la representación gráfica conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, salvo que se aporte la documentación requerida por la registradora, los interesados podrán acudir al específico procedimiento ante notario para la rectificación de descripción previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, en cuya tramitación podrían practicarse diligencias que permitan disipar las dudas expuestas por el registrador. Y ello dejando siempre a salvo la posibilidad de acudir al juicio declarativo correspondiente, conforme prevé el último párrafo del artículo 198 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 15-1-2018

(BOE 26-1-2018)

Registro de la Propiedad de Granada, número 9

#### **PLUSVALÍA: MEDIOS PARA LEVANTAR EL CIERRE REGISTRAL.**

De nuevo se plantea ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado la cuestión relativa a si es posible o no levantar el cierre registral derivado del artículo 254.5 de la Ley Hipotecaria cuando la comunicación de la transmisión al Ayuntamiento competente, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 110.6.b) de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, se pretende acreditar mediante el justificante que a tal efecto se incorpora a la escritura, identificado con las respectivas imágenes corporativas de la Federación Española de Municipios y Provincias y el Consejo General del Notariado. El contenido del recurso se reduce entonces a considerar si la comunicación realizada por el notario al amparo del acuerdo anteriormente referenciado es suficiente para levantar el cierre registral del artículo 254 de la Ley Hipotecaria.

La FEMP es una asociación que no forma parte de la administración pública ni es un organismo vinculado o dependiente de aquella y a la que no existe obligación de pertenencia. Como tal asociación es perfectamente lícito y legítimo que pueda firmar acuerdos con la administración tributaria que faciliten la gestión de los impuestos tal y como permite el artículo 92.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, pero no tiene la condición de administración tributaria. Por su parte, el Consejo General del Notariado es una Corporación de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para firmar acuerdos en el ámbito de sus competencias entre las que sin duda se encuentra la colaboración en la gestión tributaria. El acuerdo firmado tiene efectivamente validez entre las partes firmantes y ello no es cuestión en este recurso, pero lo

transcendente al caso es que ninguna de esas partes tiene la condición de administración tributaria. Debe ser la administración tributaria competente —en este caso el Ayuntamiento de (...)— la que debe confirmar de alguna manera si efectivamente ha recibido la comunicación para que este hecho pueda ser apreciado por terceros que no tienen la condición de parte en el convenio y que por tanto no vienen impelidos por el mismo, como ocurre con el registrador, que debe comprobar de forma indubitada que tal comunicación ha tenido lugar y acreditársele documentalmente.

No existe efectivamente inconveniente en que esa comunicación se realice personalmente, por correo certificado —bastando entonces, como establece la resolución de 3 de junio último, la justificación del envío—, o telemáticamente en el caso de que el ayuntamiento tenga habilitado el correspondiente medio o registro electrónico, pero en este caso no debe dejar dudas de que ha sido recibida por aquel. Sin embargo, no existe constancia alguna de que el Ayuntamiento de (...) haya remitido ningún justificante de recepción, sin que pueda ser admitido como tal el incorporado a la escritura por no proceder del organismo de recaudación competente sino —así parece deducirse— de la FEMP en ejecución de un acuerdo o convenio existente entre esta y el Consejo General del Notariado y que como se ha justificado con anterioridad no puede vincular a terceros. Este justificante —emitido por el ayuntamiento— puede ser un acuse de recibo electrónico, acuse técnico, justificante electrónico de registro u otro documento electrónico similar pero siempre y cuando permita averiguar su procedencia mediante comprobación en línea, o pueda el notario dar fe de la misma.

Por lo demás y en la línea que señaló la resolución de 7 de diciembre de 2013, en la escritura calificada se inserta como justificante de la presentación de la comunicación encomendada al notario autorizante, un documento, al parecer, generado de forma electrónica encabezado con la imagen corporativa del Consejo General del Notariado, pero sin que pueda identificarse la utilización de certificado de firma alguno, ni código electrónico de verificación que permita su comprobación.

Resolución de 16-1-2018

(BOE 26-1-2018)

Registro de la Propiedad de Mijas, número 1

#### **RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.**

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados. El artículo 199 regula el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro. En todo caso, en este procedimiento 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 inva-

sión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. Además, dispone el precepto que a los efectos de efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, el registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles.

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 fundadas las dudas de la registradora, manifestadas con toda claridad en la nota de calificación, atendiendo a los datos físicos, comparados con la descripción registral y catastral de la finca afectada y a las representaciones gráficas y cartografías disponibles en el Registro, según la aplicación informática auxiliar homologada por esta Dirección General.

Resolución de 16-1-2018

(BOE 26-1-2018)

Registro de la Propiedad de Cuenca.

#### **INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: CORRESPONDENCIA ENTRE EL TÍTULO INMATRICULADOR Y EL ANTE-TÍTULO.**

El tenor literal del artículo 205, tras la modificación llevada a cabo por la Ley de 24 de junio de 2015, de reforma de la legislación hipotecaria y del Catastro, viene a exigir que para la inmatriculación por doble título «serán inscribibles, sin necesidad de la previa inscripción y siempre que no estuvieren inscritos los mismos derechos a favor de otra persona, los títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público, siempre que exista identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos a juicio del Registrador». 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.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la calificación debe confirmarse ya que la falta de identidad no solo afecta a la descripción de la finca con una diferencia superior a un 10%, corroborada con la alteración catastral realizada, sino, además, a la propia titularidad dominical de parte de dicha finca, en concreto, del patio descrito como adosado a la misma, pues en el título previo se describe como una finca independiente, con superficie distinta y, además, en dicho título solo se transmite una mitad indivisa de dicha finca descrita como patio.

En el presente caso podrá lograrse la inmatriculación pretendida bien por el procedimiento previsto en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria, tal y como indica el registrador en su calificación, o bien (como ya se indicó en resolución de esta Dirección General de 1 de febrero de 2017) complementando el título inmatriculador con acta de notoriedad.

Resolución de 17-1-2018

(BOE 26-1-2018)

Registro de la Propiedad de Arrecife.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO AFECTANDO AL DERECHO DE USO EXCLUSIVO SOBRE ELEMENTOS COMUNES QUE CORRESPONDE A UN ELEMENTO PRIVATIVO.**

En primer lugar, al amparo de lo previsto por el artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria los asientos del Registro «(...) 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». En consecuencia, no procede que esta Dirección General se pronuncie a cerca de la validez o invalidez de tal inscripción, siendo ello competencia de los tribunales de Justicia. No obstante, cabe recordar que este Centro Directivo ha puesto de relieve en varias ocasiones (resoluciones de 31 de marzo de 2005 o 5 de julio de 2016) que tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido reconociendo el hecho de que ciertos elementos comunes no agotan toda su potencialidad en la finalidad que desempeñan, sino que, sin perjudicar la misma, pueden ser de uso exclusivo del propietario de algún elemento privativo.

Se atribuye a la Junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la Comunidad (cfr. arts. 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la Comunidad) solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad. Para decidir si un acuerdo como el debatido en el presente recurso entra o no en ese ámbito de competencias de la Junta como acto colectivo de la misma, cabe recordar que, conforme a la doctrina de esta Dirección General en materia de propiedad horizontal debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados con los requisitos previstos en la legislación de propiedad horizontal resultantes de la correspondiente acta —cfr. artículo 19 de la Ley sobre propiedad horizontal—), que no se imputan a cada propietario singularmente sino a la junta como órgano comunitario, y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad.

Atendiendo a las consideraciones anteriores, debe determinarse si el acuerdo, adoptado en la forma antes expuesta, cumple las exigencias de la Ley sobre propiedad horizontal, según la interpretación de esta Dirección General, y por ende, si es susceptible de inscripción. Y la respuesta ha de ser negativa, debiendo confirmarse íntegramente la calificación del registrador puesto que ni el acuerdo ha sido adoptado por unanimidad ni consta el consentimiento expreso del titular afectado. Por un lado, es necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad. Toda alteración del régimen jurídico de los elementos comunes es materia que compete a la Comunidad exigiéndose unanimidad en tanto en cuanto tal alteración implica una modificación del título constitutivo y de los estatutos de conformidad con el artículo 17.6 de la Ley sobre propiedad horizontal.

En segundo lugar, y aunque la determinación de si un servicio puede ser o no considerado como de interés general ha de realizarse de forma casuística, teniendo en cuenta los criterios interpretativos sentados por el Tribunal Supremo, lo cierto es que no se puede calificar, en modo alguno, de interés general el establecimiento de servicios como el de la creación de cuartos-archivo o trasteros en provecho únicamente de ciertos propietarios. En consecuencia, el acuerdo adoptado no entra en el supuesto de hecho del artículo 17.3 de la Ley sobre propiedad horizontal, sino en el del apartado 6 del mismo precepto que exige unanimidad.

Pero es que, además, debe tenerse en cuenta que la creación de trasteros sobre la azotea del edificio implica, en última instancia, el establecimiento de una vinculación «*ob rem*» entre aquellos y los titulares de los elementos privativos originarios, lo que, a su vez, afecta al derecho de dominio de cada uno de los propietarios, requiriéndose por tanto el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual debe constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad. Por otro lado, es requisito ineludible el consentimiento del titular del derecho de uso exclusivo de la azotea. Como ha señalado este Centro Directivo, si se observa atentamente la regulación legal se aprecia que subyace en la misma, como principio general, la idea de que la limitación de las competencias de la junta hace que no solo queden excluidos de las mismas los actos que restrinjan o menoscaben el contenido esencial de la propiedad separada de un elemento privativo (como sería, por ejemplo, la constitución de una hipoteca sobre la totalidad del edificio), sino también la realización de aquellos actos que aunque tengan por objeto exclusivo los elementos comunes no entren dentro de la gestión comunitaria, como serían todos aquellos que, directa o indirectamente, perjudiquen el derecho de alguno de los condueños al adecuado uso y disfrute de su propiedad o de los derechos que le sean atribuidos en el título constitutivo.

Resolución de 17-1-2018

(BOE 26-1-2018)

Registro de la Propiedad de Vitigudino.

#### REFERENCIA CATASTRAL: CONSTANCIA EN LA INSCRIPCIÓN.

Primeramente debe hacerse referencia a la obligación de aportación de la referencia catastral, Conforme al artículo 43 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. El artículo 44 dispone que «la falta de aportación de la referencia catastral en el plazo legalmente previsto se hará constar en el expediente o resolución administrativa, en el propio documento notarial o en nota al margen del asiento y al pie del título inscrito en el Registro de la Propiedad». Añade el apartado tercero de este precepto que «la no constancia de la referencia catastral en los documentos inscribibles o su falta de aportación no impedirá la práctica de los asientos correspondientes en el Registro de la Propiedad, conforme a la legislación hipotecaria». El artículo 45 de dicha ley regula la correspondencia de la referencia catastral con la identidad de la finca, determinando los supuestos en los que se entiende que la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca, y, por tanto, para que pueda tenerse por cumplida la obligación de aportación de dicha referencia catastral.

En cuanto a la constancia en el Registro de la Propiedad de los datos de identificación catastral, como ya ha señalado esta Dirección General (cfr. resoluciones de 6 de mayo y 22 de noviembre de 2016), se trata de una circunstancia más de la inscripción, conforme al artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria. Como ya ha advertido esta Dirección General, para que puedan acceder al Registro los datos identificativos de la parcela catastral, la certificación catastral descriptiva y gráfica incorporada al título debe ser calificada por el registrador (cfr. resolución de 6 de mayo de 2016). Se entenderá que la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca en los siguientes casos: a) Siempre que los datos de situación, denominación y superficie, si constara esta última, coincidan con los del título y, en su caso, con los del Registro de la Propiedad. b) Cuando existan diferencias de superficie que no sean superiores al 10 por ciento y siempre que, además, no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos. Si hubiera habido un cambio en el nomenclátor y numeración de calles, estas circunstancias deberán acreditarse, salvo que le constaran al órgano competente, notario o registrador.

Resolución de 17-1-2018

(BOE 26-1-2018)

Registro de la Propiedad de Redondela-Ponte Caldelas.

#### 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, en este procedimiento 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. Además, dispone el precepto que a los efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, el registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles.

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. Uno de los principios de esta nueva regulación de la Jurisdicción Voluntaria es que, salvo que la ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, tal y como se destaca en la Exposición de Motivos de la citada Ley 15/2015 o su artículo 17.3. Ahora bien, como ha reiterado este Centro Directivo, la dicción de esta norma recogida en el artículo 199 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 el presente caso resultan claramente identificadas y fundamentadas las dudas de la registradora en la nota de calificación en cuanto a la existencia de

conflicto entre fincas colindantes inscritas, con posible invasión de las mismas o de un camino público. Dudas que quedan corroboradas con los datos y documentos que obran en el expediente. Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, podrá acudir al procedimiento del deslinde regulado en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria (tal y como prevé para estos casos el propio artículo 199), sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. art. 198 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 22-1-2018

(BOE 31-1-2018)

Registro de la Propiedad de Granada, número 1

#### DERECHO DE TRANSMISIÓN: TÍTULO SUCESORIO DEL TRANSMITENTE.

El defecto debe ser confirmado, pues aunque en la escritura calificada se testimonia la certificación de defunción y la certificación del Registro General de Actos de Última Voluntad respecto del heredero transmitente, no se acredita el título sucesorio, como exige el artículo 16 de la Ley Hipotecaria. En este caso, en el que se acredita que el heredero fallecido no otorgó testamento, debe acompañarse o testimoniarse el acta de declaración de herederos. En las actas de declaración de herederos abintestato el registrador, si bien debe contar para su calificación e inscripción con todos los particulares necesarios para esta —incluyendo todos los que permitan alcanzar el corolario de la determinación individualizada de los llamamientos hereditarios operados por la ley—, ello no impide que la constatación documental de tales particulares pueda ser realizada por el notario autorizante, bien mediante una trascripción total o parcial de los mismos o bien mediante un testimonio en relación

Resolución de 22-1-2018

(BOE 31-1-2018)

Registro de la Propiedad de Granada, número 2

#### HIPOTECA: CAUSA DE LA CANCELACIÓN.

El artículo 82 de la Ley Hipotecaria exige para cancelar las inscripciones practicadas en virtud de escritura pública el consentimiento de la persona a cuyo favor se hubiera hecho la inscripción o una sentencia firme. De él resulta que la admisión del puro consentimiento formal como título bastante para la cancelación no se conviene con las exigencias de nuestro sistema registral, que responde, a su vez, al sistema civil causalista. Ahora bien, cuando el titular del derecho real de hipoteca no se limita a dar un mero consentimiento para cancelar, sino que dispone unilateralmente de su derecho a cancelar la hipoteca, hay que interpretar que estamos ante una abdicación unilateral de la hipoteca por su titular, ante una renuncia de derechos, acto que por sí solo tiene eficacia sustantiva suficiente conforme al artículo 6.2 del Código Civil para, por su naturaleza, producir su extinción y, consiguientemente, dar causa a la cancelación de la hipoteca conforme a los artículos 2.2.º y 79 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 22-1-2018

(BOE 31-1-2018)

Registro de la Propiedad de Moguer.

**DERECHO DE TRANSMISIÓN: NATURALEZA Y NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS DEL TRANSMITENTE.**

Es objeto de este recurso resolver sobre la procedencia o improcedencia, en caso de derecho de transmisión, de la intervención de uno de los hijos del segundo causante a quien se ha dejado, por vía de legado, la parte que le corresponda en la legítima, habiendo sido nombrada heredera universal una hermana del legatario, que sí comparece, acepta la herencia y se adjudica los bienes integrantes del caudal relicto.

En el año 2013, ha sido el Tribunal Supremo el que ha tratado de aclarar la naturaleza del derecho de transmisión en la sentencia de 11 de septiembre, al señalar que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *ius delationis* en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *ius delationis*, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios. Esta misma tesis ha seguido la doctrina de este Centro Directivo.

La legítima, tal y como se ha configurado en el Código Civil —a tenor de lo preceptuado en el artículo 806 se identifica como una auténtica *pars bonorum* que confiere al legitimario un derecho como cotitular —por mandato legal— del activo líquido hereditario, quedando garantizada por la ley igualmente una proporción mínima en dicho activo y que —salvo excepciones, cuyo planteamiento aquí no corresponde— ha de ser satisfecha con bienes hereditarios, por lo que su intervención en cualquier acto particional de la masa hereditaria del transmitente debe ser otorgado con el consentimiento de dicho legitimario, con independencia del título —herencia, legado o donación— con el que se haya reconocido su derecho.

Tal y como se ha analizado en la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, y así se ha seguido en la doctrina de este Centro Directivo, la aceptación de la condición de heredero y el ejercicio del «*ius delationis*» en su favor creado solo puede reconocerse al designado —ya sea por voluntad del testador, ya por disposición de ley— como tal heredero. Retornando a la sentencia de 11 de septiembre de 2013, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el «*ius delationis*» integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente. Pero lo que se transmite y lo que se adquiere en virtud de citado precepto no puede ser más que dicho «*ius delationis*», que si bien se ejercita de manera directa —sin pasar por la herencia del transmitente— solo puede referirse al acto de aceptar o repudiar la herencia del primer causante, pero no debería afectar a otras consecuencias más allá de ello, máxime cuando ello podría derivar en la vulneración de una ley reguladora de nuestro derecho sucesorio.



Está claro que se acepta o repudia la herencia del causante directamente por parte del transmisario, pero eludir la inclusión de los bienes procedentes de la herencia del causante en la propia del transmitente resultaría de todo punto inaceptable, ya que implicaría una sucesión independiente, ajena a las normas de la legítima y de la voluntad del testador como ley que ha de regir la sucesión. Por ello, cualquier operación tendente a la partición de la herencia a la que esté llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en su sucesión. En los términos que antes hemos señalado, serán los cotitulares de esta masa los que deban verificar estas operaciones, dentro de los cuales deben tenerse en consideración los designados como herederos y de forma indudable sus legitimarios, ya hayan sido beneficiados como tales a título de herencia, legado o donación. Indudablemente, el llamado como heredero por el transmitente está sujeto a las limitaciones legales o cargas en qué consisten las legítimas.

## Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.<sup>a</sup> DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 13-11-2017  
(BOE 1-12-2017)  
Registro Mercantil de Ciudad Real.

### REDUCCIÓN. PÉRDIDAS.

Se trata de una reducción contable, meramente contable, que requiere que la sociedad carezca de cualquier clase de reservas (o, en caso de sociedades anónimas, de reservas voluntarias o de la cuantía que señala de reservas legales); un balance aprobado en los seis meses anteriores a la adopción del acuerdo del que resulte esa situación y que haya sido verificado por el auditor de la sociedad, si esta es una sociedad obligada, o por el auditor nombrado al efecto. La expresión «cualquier clase de reservas», debe entenderse en su acepción amplia, comprensiva de cualquier partida distinta del capital social que represente recursos propios y, por tanto, abarca la prima de asunción. El importe de esa prima de asunción debe restarse del saldo de las pérdidas acumuladas para determinar las que se compensan por la reducción.

Resolución de 7-11-2017  
(BOE 2-12-2017)  
Registro Mercantil de Alicante, número I

### CUENTAS ANUALES. PERIODO MEDIO DE PAGO A ACREEDORES.

Todas las sociedades están obligadas a hacer constar en la memoria el periodo medio de pago a proveedores. Cuando estos no existan deberán hacer constar

en ella, de modo expreso, la causa por la que no existe tal referencia dando así cumplimiento a la cobertura de información a que se refieren los apartados 5 y 6 del artículo 35 del Código de Comercio. En cuanto al modo de hacer constar dicha circunstancia en el modelo normalizado de cuentas previsto en el Anexo I de la Orden *JUS* 2017, 471, de 19 de mayo, bastaría la consignación en el epígrafe correspondiente (01903), de la hoja IDA1, sobre datos generales de identificación e información complementaria requerida en la legislación española, de que la empresa está inactiva, para justificar la ausencia de datos en los epígrafes relativos al periodo medio de pago a proveedores.

Resolución de 14-11-2017  
(*BOE* 4 y 7-12-2017)  
Registro Mercantil de Murcia.

#### DEPÓSITO DE CUENTAS. PERIODO MEDIO DE PAGO A PROVEEDORES.

Todas las sociedades están obligadas a hacer constar en la memoria el periodo medio de pago a proveedores. La obligación de expresar en la hoja correspondiente de los modelos el periodo medio de pago a proveedores durante el ejercicio incumbe a todas las sociedades mercantiles. Si la sociedad que deposita cuentas ha carecido de acreedores comerciales durante el ejercicio o de compras y gastos por servicios exteriores, es evidente que no puede expresar un periodo medio de pago. El problema residiría entonces en cómo hacer constar los motivos que impiden la constancia del dato legalmente exigible. Pero ello no ocurre en casos como el analizado en el que la sociedad que presenta las cuentas cuyo depósito se solicita, ni ha cumplimentado el dato correspondiente al periodo medio de pago a proveedores, ni ha expresado en la hoja correspondiente ni en la memoria presentada motivo alguno que le exima del cumplimiento de la obligación legal. Bien al contrario, del conjunto de la documentación presentada resulta que la sociedad ha estado activa durante el ejercicio realizando operaciones que dan lugar a los saldos que resultan de su cuenta de pérdidas y ganancias.

Resolución de 20-11-2017  
(*BOE* 13-12-2017)  
Registro Mercantil de Alicante, número IV

#### JUNTA. CONVOCATORIA POR REGISTRADOR.

Convocada Junta general de socios por resolución del Registrador Mercantil en la que señala que en la misma debe actuar como secretario determinado notario designado por su nombre y apellidos, es inscribible la escritura de elevación a público de acuerdos sociales cuando resulta que es otro notario el requerido y el que actúa como secretario. Únicamente en el caso de que la designación hubiera sido hecha con carácter personalísimo podría entenderse que la ausencia del designado conlleva la imposibilidad de celebración de la Junta.

Resolución de 22-11-2017  
(BOE 14-12-2017)  
Registro Mercantil de Burgos.

#### DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO. REACTIVACIÓN.

Se presenta escritura que recoge acuerdos de cese y nombramiento de administradores en relación a una sociedad en cuyo objeto social se contienen actividades —«el ejercicio de la medicina en sus aspectos clínico, quirúrgicos y de urgencias en centro médico, excepto interrupción voluntaria del embarazo, ligadura de trompas y vasectomía»— que deben entenderse incluidos en la esfera de la ley de Sociedades Profesionales. Al haber transcurrido el plazo legal para su adaptación a dicha ley, el registrador hace constar en la hoja social su disolución y deniega la inscripción de los acuerdos. La Dirección General ya ha dictado resoluciones en supuestos similares. En cuanto a la solicitud del recurrente de que se revoque la decisión del registrador haciendo constar la disolución de pleno derecho, no cabe en vía de recurso decidir sobre el asiento de cancelación ya realizado que está bajo la salvaguarda de los tribunales, sino sobre las consecuencias que del mismo se derivan. El interesado puede acudir a los procedimientos de rectificación y, en su caso al juicio ordinario correspondiente. Cuando la sociedad está disuelta *ipso iure* por causa legal o por haber llegado el término fijado en los estatutos ya no cabe un acuerdo social sino que lo procedente, si se desea continuar con la empresa, es la prestación de un nuevo consentimiento contractual por los socios que entonces ostenten dicha condición. El artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital lejos de imponer una liquidación forzosa contra la voluntad de los socios, se limita a delimitar el supuesto de reactivación ordinaria, al que basta un acuerdo social, de este otro que exige un consentimiento contractual.

Resolución de 23-11-2017  
(BOE 14-12-2017)  
Registro Mercantil de Barcelona, número XV

#### SUBSANACIÓN. TÍTULO INSCRIBIBLE.

Apreciado un defecto referente a un acuerdo de modificación de un artículo de los estatutos, se presenta para su subsanación certificación del administrador expresando que se celebró junta modificando la redacción del correspondiente artículo estatutario. Las faltas subsanables, cualquiera que sea su procedencia, pueden subsanarse por instancia del interesado con la firma puesta en presencia del registrador o legitimada notarialmente, excepto el caso en que sea necesario un documento público u otro medio especialmente adecuado, y así ocurre con la exigencia legal de escritura pública para el supuesto contemplado.

Resolución de 27-11-2017.  
(BOE 14-12-2017)  
Registro Mercantil Central, número I

#### IDENTIDAD DE DENOMINACIÓN.

La denominación «Tu Gestoría en Línea» es suficientemente singular y perfectamente distinguible de la existente «Gestión de Líneas» tanto desde el punto de

vista gramatical como fonético, lo cual justifica considerar la denominación solicitada como una denominación distinta lo que conlleva la estimación del recurso.

Resolución de 29-11-2017

(BOE 20-12-2017)

Registro Mercantil de Madrid, número XI

#### CUENTAS ANUALES. AUDITOR A INSTANCIA DE LA MINORÍA.

Se reitera la abundante doctrina existente en el sentido de que, habiendo sido designado auditor a instancia de la minoría, constando dicha circunstancia por inscripción en el folio de la sociedad, y no acompañándose el correspondiente informe de verificación, no puede efectuarse el depósito de cuentas solicitado. El hecho de que se haya celebrado Junta en la que se han aprobado las cuentas sin tener en consideración la existencia de solicitud de designación de auditor por un socio minoritario, no puede menoscabar su derecho, pues, de otro modo, quedaría en manos de la mayoría la eficacia del mismo. Lo procedente en este caso será reiterar la convocatoria de la Junta a fin de que decida si se aprueban o no las cuentas a la vista del informe emitido.

Resolución de 4-12-2017

(BOE 27-12-2017)

Registro Mercantil de Barcelona, número I

#### PARTICIPACIONES. DERECHO DE ARRASTRE O *DRAG ALONG*.

El carácter esencialmente cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada se manifiesta en que, salvo casos excepcionales, la transmisión de las participaciones está restringida y sometida a las reglas que establezcan los estatutos, que no pueden hacerla prácticamente libre. Dentro de estas reglas está admitida la denominada de arrastre o *drag along*, por la que un socio que pretenda transmitir sus participaciones a un tercero obligue a los demás socios a transmitir también las suyas. Con ello se pretende facilitar a ese tercero la adquisición de una cantidad significativa de participaciones frente a conductas obstruccionistas de socios minoritarios. La tutela de los socios en los casos de modificación del régimen de transmisión consiste en el reconocimiento de su derecho de separación. Pero en el caso de introducción de la cláusula de arrastre, ya se considere que es un supuesto de imposición de obligaciones a los socios, ya una causa estatutaria de exclusión, se requiere el consentimiento unánime de los socios, aunque basta un acuerdo mayoritario de Junta al que deben prestar su consentimiento individual todos los demás socios en la misma junta o en un momento posterior.

Resolución de 5-12-2017

(BOE 28-12-2017)

Registro Mercantil de Valencia, número VI

#### DEPÓSITO DE CUENTAS. PERIODO MEDIO DE PAGO A PROVEEDORES.

Todas las sociedades están obligadas a hacer constar en la memoria el periodo medio de pago a proveedores. La obligación de expresar en la hoja correspondien-

te de los modelos el periodo medio de pago a proveedores durante el ejercicio incumbe a todas las sociedades mercantiles. Si la sociedad que deposita cuentas ha carecido de acreedores comerciales durante el ejercicio o de compras y gastos por servicios exteriores, es evidente que no puede expresar un periodo medio de pago. El problema residiría entonces en cómo hacer constar los motivos que impiden la constancia del dato legalmente exigible. Pero ello no ocurre en casos como el analizado en el que la sociedad que presenta las cuentas cuyo depósito se solicita, ni ha cumplimentado el dato correspondiente al periodo medio de pago a proveedores, ni ha expresado en la hoja correspondiente motivo alguno que le exima del cumplimiento de la obligación legal. No pueden confundirse aquellos supuestos en los que se entiende que el error o falta de información obligatoria debe impedir la generación de los ficheros informáticos para la presentación telemática, con el cumplimiento y formalización de los requisitos legalmente exigibles que necesariamente deben constar cumplimentados en los modelos normalizados cualquiera que sea la forma en que se presenten a depósito. Además existen supuestos en los que las circunstancias resultantes de la memoria o del impreso oficial eximen de la constancia de determinados datos sin que por ello exista error alguno que deba detectar el sistema informático.

Resolución de 5-12-2017

(BOE 28-12-2017)

Registro Mercantil de Valencia, número VI

**DEPÓSITO DE CUENTAS. PERIODO MEDIO DE PAGO A PROVEEDORES.  
ESTADO DE CAMBIOS EN EL PATRIMONIO NETO.**

Todas las sociedades están obligadas a hacer constar en la memoria el periodo medio de pago a proveedores. La obligación de expresar en la hoja correspondiente de los modelos el periodo medio de pago a proveedores durante el ejercicio incumbe a todas las sociedades mercantiles. Si la sociedad que deposita cuentas ha carecido de acreedores comerciales durante el ejercicio o de compras y gastos por servicios exteriores, es evidente que no puede expresar un periodo medio de pago. El problema residiría entonces en cómo hacer constar los motivos que impiden la constancia del dato legalmente exigible. Pero ello no ocurre en casos como el analizado en el que la sociedad que presenta las cuentas cuyo depósito se solicita, ni ha cumplimentado el dato correspondiente al periodo medio de pago a proveedores, ni ha expresado en la hoja correspondiente motivo alguno que le exima del cumplimiento de la obligación legal. No pueden confundirse aquellos supuestos en los que se entiende que el error o falta de información obligatoria debe impedir la generación de los ficheros informáticos para la presentación telemática, con el cumplimiento y formalización de los requisitos legalmente exigibles que necesariamente deben constar cumplimentados en los modelos normalizados cualquiera que sea la forma en que se presenten a depósito. Además existen supuestos en los que las circunstancias resultantes de la memoria o del impreso oficial eximen de la constancia de determinados datos sin que por ello exista error alguno que deba detectar el sistema informático. No es obligatorio acompañar el estado de cambios en el patrimonio neto a los modelos oficiales de depósito de cuentas en los formatos de cuentas abreviadas (salvo el supuesto de realización de balance en modelo normal), o Pymes.

Resolución de 5-12-2017

(BOE 28-12-2017)

Registro Mercantil de Valencia, número VI

**DEPÓSITO DE CUENTAS. ESTADO DE CAMBIOS EN EL PATRIMONIO NETO.**

No es obligatorio acompañar el estado de cambios en el patrimonio neto a los modelos oficiales de depósito de cuentas en los formatos de cuentas abreviadas (salvo el supuesto de realización de balance en modelo normal), o Pymes.

Resolución de 7-12-2017

(BOE 29-12-2017)

Registro Mercantil de Valencia, número VI

**DEPÓSITO DE CUENTAS. ESTADO DE CAMBIOS EN EL PATRIMONIO NETO.**

No es obligatorio acompañar el estado de cambios en el patrimonio neto a los modelos oficiales de depósito de cuentas en los formatos de cuentas abreviadas (salvo el supuesto de realización de balance en modelo normal), o Pymes.

Resolución de 11-12-2017

(BOE 3-1-2018)

Registro Mercantil de Valencia, número II

**CUENTAS ANUALES. CERTIFICACIÓN DE APROBACIÓN. FIRMA.**

Tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital operada por la Ley 25/2011, ha desaparecido el requisito reglamentario (art. 366.1.2.º RRM) de la legalización notarial de la firma de los administradores. El hecho de que la certificación esté firmada por el órgano de administración implica la asunción de su autoría e integridad. Si el registrador considera lo contrario, debe expresarlo así en su calificación expresando los motivos en que lo fundamenta. Por ello no es necesario que aparezca la firma en todas las hojas de que se componga la certificación, bastando la extendida al final de la misma.

Resolución de 13-12-2017

(BOE 3 y 4-1-2018)

Registro Mercantil de Barcelona, número I

**PODER. ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS. PODER SOMETIDO A CONDICIONES SUSPENSIVAS, RESOLUTORIAS Y A PLAZO.**

Mientras que para la revocación de los poderes conferidos por administradores mancomunados a favor de terceros es necesaria la actuación conjunta, si el poder se ha otorgado a favor de uno solo de los administradores mancomunados, es eficaz la revocación hecha por el otro. En el supuesto contemplado se

trata de un poder cuya vigencia se determina en función de hechos futuros. En función del principio de autonomía de la voluntad el poderdante puede someter la vigencia del poder a condición suspensiva —como la muerte, incapacitación o inhabilitación del administrador único o de uno de los mancomunados— o resolutoria, o a término, ya sea inicial o final, que puede consistir en una fecha determinada o determinable mediante elementos externos al propio documento. En el supuesto contemplado se trata de un poder cuya vigencia se determina en función de hechos futuros. El registrador no objeta la validez de la cláusula, sino que el inicio de la vigencia en caso de muerte o de enfermedad queda determinado por circunstancias extrarregistrales, acreditadas tan solo por certificado médico oficial. Ante la redacción del poder, la resolución reconoce la existencia de problemas de interpretación, tanto de la hipótesis de enfermedad o incapacidad, como en el cómputo del plazo de duración del poder. Pero ello solo supone una mayor dificultad para impedir la situación de acefalia societaria, no el rechazo de la inscripción. Las disposiciones y los acuerdos sociales que pretendan resolver adecuadamente las diversas situaciones que puedan afectar a la existencia y continuidad del órgano de administración deben ser examinados favorablemente, siempre que en los mismos no se contravengan los principios configuradores del tipo social elegido.

Resolución de 14-12-2017

(BOE 3-1-2018)

Registro Mercantil de Navarra, número I

#### CALIFICACIÓN. ACUERDOS CONTRADICTORIOS.

La regla general es que, en su función calificadora, los registradores mercantiles han de tener en cuenta el juego del principio de prioridad, lo que les obliga a tomar en consideración, junto con el título que es objeto de la misma, los asientos del Registro existentes al tiempo de su presentación, y los documentos presentados con anterioridad con asiento de presentación vigente, pero no los que accedan al Registro después (arts. 18.2 CCO, 6 y 10 RRM). No obstante, ante una contradicción insalvable de los títulos presentados deben tenerse en cuenta no solo los documentos inicialmente presentados, sino también los auténticos y relacionados con estos, aunque hayan sido presentados después, para lograr un mayor acierto en la calificación, evitando inscripciones inútiles e ineficaces. Todo ello se debe a la especial trascendencia de los pronunciamientos registrales con su alcance «*erga omnes*» y a la presunción de exactitud y validez del asiento registral, que se halla bajo la salvaguardia de los tribunales mientras no se declare judicialmente la inexactitud registral. Para evitar la desnaturalización del Registro Mercantil en cuanto institución encaminada a la publicidad legal de situaciones jurídicas ciertas, ante la insalvable incompatibilidad, el registrador debe suspender la inscripción de sendos (o de todos y sus conexos) títulos incompatibles y remitir la cuestión relativa a la determinación de cuál sea el auténtico a la decisión de juez competente, cuya función el registrador no puede suplir en un procedimiento, como es el registral, sin la necesaria contradicción y la admisión de prueba plena como ha de tener lugar en el ordinario declarativo en que se ventile la contienda.

Resolución de 19-12-2017

(BOE 10-1-2018)

Registro Mercantil de Alicante, número IV

#### CALIFICACIÓN. DATOS CONTRADICTORIOS.

Se trata de un caso en que no coincide el nombre del administrador nombrado que figura en la escritura —M.P.I.S.— con el que figura en la certificación a ella incorporada —P.I.S.—. Para que pueda salvarse esa discordancia respecto de la identidad que ha de hacerse constar en el Registro por primera vez, es imprescindible que resulte con claridad cuál es el dato correcto y cuál el erróneo. Si no es así, debe aclararse dicho dato, pues no corresponde al registrador determinar cuál es el que debe prevalecer. Aunque, como dice el recurrente se trata de un nombre de pila compuesto, en Derecho, tanto los nombres individuales como los compuestos tienen identidad propia. Todo ello sin perjuicio de que se puede hacer constar además cualquier otro nombre con el que sea conocido el sujeto.

Resolución de 19-12-2017

(BOE 10-1-2018)

Registro Mercantil de Almería.

#### CUENTAS ANUALES. AUDITOR NOMBRADO A SOLICITUD DE LA MINORÍA.

Se trata de un supuesto en que se ha practicado el depósito de unas cuentas anuales y posteriormente se cancela ese asiento al apreciarse que no se había acompañado el informe de un auditor aún pendiente de nombramiento a solicitud de la minoría. No procede en un recurso contra la calificación del Registrador pronunciarse sobre la procedencia o no de la práctica de un asiento ya efectuado. Ni tampoco sobre la resolución del registrador designando auditor, pues se produce en un procedimiento diferente y puede ser objeto de recurso ante la DG por los trámites previstos para el recurso de alzada. La situación registral al tiempo de llevar a cabo la calificación objeto de este expediente era la de existencia de auditor nombrado a instancia de la minoría por lo que, de conformidad con la continua doctrina de esta Dirección General, no cabe llevar a cabo el depósito de las cuentas si la solicitud no se acompaña precisamente del preceptivo informe de auditoría.

Resolución de 20-12-2017

(BOE 12-1-2018)

Registro Mercantil de Zaragoza, número I

#### ESTATUTOS. FORMA. INSCRIPCIÓN PARCIAL.

Se trata de una cláusula estatutaria que expresa que «La Junta deberá convocarse mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad. En el caso de que esta no exista, al menos, mediante remisión de carta certificada con acuse de recibo a cada uno de los socios en el domicilio que figure en el libro registro; pero será también válido cualquier otro medio de fehaciencia



superior, especialmente su remisión por conducto notarial». Para enjuiciar la admisibilidad o el rechazo de los procedimientos estatutarios de convocatoria debe apreciarse si cumplen o no las garantías del derecho de información del socio. Así, se admite el correo certificado con acuse de recibo; procedimientos telemáticos, mediante el uso de firma electrónica; sistemas de convocatoria que permitan asegurar razonablemente la recepción del anuncio por el socio; aquellos que exijan determinados requisitos de fehaciencia de la comunicación de la convocatoria y de la recepción de la misma por los socios. De una interpretación no solo literal, sino también teleológica y sistemática de la cláusula debatida, se desprende inequívocamente que al referirse a cualquier otro medio de fehaciencia superior al previsto y, especialmente su remisión por conducto notarial, se está exigiendo esa fehaciencia no solo del mero envío de la comunicación de la convocatoria sino de la íntegra convocatoria, es decir del procedimiento de comunicación de la misma y, por tanto, también de la recepción del anuncio por los socios. No basta con que la inscripción parcial se solicite por la parte interesada sino que es necesario que la inscripción así practicada no desvirtúe el negocio celebrado entre las partes. En este caso, la cláusula estatutaria sobre convocatoria de la Junta habría sido inscribible eliminando de la redacción del artículo la frase relativa a «cualquier otro medio de fehaciencia superior», al tratarse de una estipulación puramente potestativa, que no supone una alteración sustancial de lo pactado ni afecta a la publicidad registral.

Resolución de 20-12-2017  
(BOE 12-1-2018)  
Registro Mercantil de Asturias, número I

#### CUENTAS ANUALES. PERIODO MEDIO DE PAGO A ACREEDORES.

Todas las sociedades están obligadas a hacer constar en la memoria el periodo medio de pago a proveedores. Cuando estos no existan deberán hacer constar en ella, de modo expreso, la causa por la que no existe tal referencia dando así cumplimiento a la cobertura de información a que se refieren los apartados 5 y 6 del artículo 35 del Código de Comercio. En cuanto al modo de hacer constar dicha circunstancia en el modelo normalizado de cuentas previsto en el Anexo I de la Orden *JUS* 2017, 471, de 19 de mayo, bastaría la consignación en el epígrafe correspondiente (01903), de la hoja IDA1, sobre datos generales de identificación e información complementaria requerida en la legislación española, de que la empresa está inactiva, para justificar la ausencia de datos en los epígrafes relativos al periodo medio de pago a proveedores.

Resolución de 21-12-2017  
(BOE 12-1-2018)  
Registro Mercantil de Alicante, número II

#### OBJETO SOCIAL. SOCIEDAD PROFESIONAL. AUMENTO. COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS.

La actividad «telecomunicaciones y arrendamiento de infraestructuras de telecomunicaciones» no es una actividad profesional, pues no se atribuye en

exclusiva a los ingenieros de telecomunicación, a diferencia de «la ingeniería de telecomunicaciones». En un aumento de capital por compensación de créditos debe constar la fecha concreta en que fueron contraídos, sin que sea suficiente la referencia tan solo a los años en que se realizaron los préstamos, a menos que conste la declaración expresa en la escritura de la voluntad de novación de dichos créditos y su refundición en uno solo. No se puede deducir de la mera manifestación recogida en el informe, pues este es a efectos meramente contables. Pero no es necesaria la acreditación del negocio del que deriva el crédito del socio que es objeto de compensación, por lo que en el supuesto debatido no se puede exigir la aportación de las escrituras de cesión de los créditos compensados.

Resolución de 8-1-2018

(BOE 26-1-2018)

Registro Mercantil de Valencia, número III

#### ESTATUTOS. ASISTENCIA, VOTACIÓN Y REPRESENTACIÓN POR PROCEDIMIENTOS TELEMÁTICOS.

Reitera la Dirección General su doctrina (resoluciones de 19 de diciembre de 2012, 25 y 27 de diciembre de 2017) estimando válida la asistencia y votación telemática, incluso por videoconferencia, en la Junta general de una sociedad limitada en base a la autonomía de la voluntad siempre que se asegure que los asistentes remotos tengan noticia en tiempo real de lo que ocurre, que los socios puedan intervenir; y que quede garantizada su identidad, pues no ofrecen menores garantías de autenticidad que la asistencia física. Del mismo modo, el hecho de que la representación deba constar por escrito no impide que para ello se utilicen medios telemáticos o audiovisuales, siempre que quede constancia en soporte grabado para su ulterior prueba. De la misma manera es admisible la previsión del voto anticipado a distancia en el Consejo de administración. También reitera su doctrina de que al presidente de la Junta se le atribuyen todas las facultades necesarias para el normal desarrollo de la junta durante las fases de constitución, debate y votación, incluyendo por tanto la relativa la determinación de los asuntos que, aunque figuren en el Orden del día, no deban ser objeto de consideración. Si se excede de su cometido los socios pueden ejercer las acciones que les correspondan. Tampoco existe obstáculo para que los estatutos dispongan que el presidente someta a la Junta la autorización para que asistan no socios. La cláusula estatutaria debatida que establece como formas de ejercer el poder de representación el de dos administradores conjuntos que actuarán mancomunadamente o de dos a cinco conjuntos que la ejercerán actuando al menos dos de ellos es en realidad reiterativa. Pero en cualquier caso, los estatutos pueden establecer distintos modos de ejercicio: dos cualesquiera, concretando a quiénes se atribuye, exigiendo la actuación de un número superior o la totalidad de ellos, etc. Lo que no cabe es que se permita que la Junta, sin modificación estatutaria, pueda establecer que se ejerza por dos, tres, cuatro... o de manera diferente a lo previsto en estatutos. Se considera defecto que debe ser subsanado la errónea referencia en los estatutos a «accionistas» en lugar de socios, sin que sea el registrador quien deba sustituir la palabra en cuestión. Por último se considera improcedente resolver sobre el acuerdo adoptado sobre dispensa de prohibición de competencia, al no ser inscribible.

Resolución de 9-1-2018  
(BOE 26-1-2018)  
Registro Mercantil de Alicante, número I

**DISOLUCIÓN. DE PLENO DERECHO. REACTIVACIÓN. SOCIEDAD PROFESIONAL.**

La redacción de proyectos de arquitectura, ingeniería y urbanismo, así como el asesoramiento jurídico, constituye actividades profesionales para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, por lo que entra dentro del ámbito imperativo de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, a menos que expresamente se manifieste que constituye una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación. Por lo tanto, si la sociedad en cuestión tiene este objeto, el registrador ha de aplicar las consecuencias derivadas de su falta de adaptación a dicha Ley. Disuelta de pleno derecho la sociedad y cerrada su hoja como consecuencia de la aplicación directa de la previsión legal de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, no procede la inscripción de un acuerdo de nombramiento de administrador. Cuando la sociedad está disuelta «*ipso iure*» por causa legal o por haber llegado el término fijado en los estatutos ya no cabe un acuerdo social ordinario de reactivación sino que lo procedente, si se desea continuar con la empresa, es la prestación de un nuevo consentimiento contractual por los socios que entonces ostenten dicha condición. El artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital lejos de imponer una liquidación forzosa contra la voluntad de los socios, se limita a delimitar el supuesto de reactivación ordinaria, al que basta un acuerdo social, de este otro que exige un consentimiento contractual.

Resolución de 10-1-2018  
(BOE 26-1-2018)  
Registro Mercantil de Lugo.

**CUENTAS ANUALES. PRESENTACIÓN FUERA DE PLAZO.**

Se trata de unas cuentas que se aprobaron el 27 de julio de 2017 y se presentaron a depósito el 2 de agosto, por lo que la presentación se realizó en plazo. Se solicita en el recurso que se modifique la expresión «fuera de plazo» en el depósito de las cuentas. Pero esta indicación no se hace en el depósito, que ha sido realizado correctamente, sino en la nota de despacho al pie de la solicitud, que es la que se ha extendido incorrectamente.

Resolución de 17-1-2018  
(BOE 26-1-2018)  
Registro Mercantil de Valencia, número IV

**CUENTAS ANUALES. APLICACIÓN DE RESULTADO EN EL MODELO NORMALIZADO.**

Las casillas relativas a «saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias» (91000), «total base de reparto = total aplicación» (91004) y «aplicación = total base de

reparto» (91012), no pueden estar en blanco, por ser requisitos legalmente exigibles que necesariamente deben constar cumplimentados en los modelos normalizados. En el caso analizado, de la documentación presentada, resulta que sí se han rellenado las mencionadas casillas, consignándose la cantidad de «0» euros en cada una de ellas, por ser el resultado del ejercicio negativo y no haber, por tanto, base para la aplicación del resultado. La casilla 91000 solamente ha de coincidir con la casilla 49500 (que recoge los resultados del ejercicio de la cuenta de pérdidas y ganancias), en caso de que el resultado del ejercicio sea positivo.

## Resoluciones publicadas en el DOGC

por María TENZA LLORENTE

Resolución de 21-11-2017

(DOGC 7-12-2017)

Registro de la Propiedad de Pineda de Mar.

Los derechos de adquisición preferente que son objeto de controversia constituyen uno de los instrumentos mediante los cuales la Generalidad de Cataluña trata de potenciar la movilización del parque de viviendas adquiridas por las entidades bancarias como consecuencia de procedimientos de ejecución o dación, junto con otras como la expropiación temporal de la vivienda (establecido por el artículo 15 de la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial) o de medidas jurídico-civiles para fomentar el acceso a la vivienda (como la introducción de la propiedad temporal y compartida en el Libro V, según el Preámbulo de la Ley 19/2015, de 29 de julio).

Más concretamente, estos derechos de tanteo y retracto son los previstos por el párrafo dos del artículo 15.2 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, de derecho a la vivienda, tras la modificación operada por el artículo 2 del Decreto Ley 1/2015, de 24 de marzo (vigente desde el día 27 de marzo de 2015), que dispone, a los efectos de la transmisión de las viviendas adquiridas en un proceso de ejecución hipotecaria o mediante compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria, las áreas de tanteo y retracto pueden coincidir con las áreas de demanda residencial fuerte y acreditada delimitadas en los planes locales de vivienda, en el Plan territorial sectorial de vivienda o, mientras estas no estén delimitadas, con las que prevé el anexo del Plan para el derecho a la vivienda. El Decreto 75/2014, de 27 de mayo, de plan de derecho a vivienda, fija áreas de demanda social fuerte y acreditada (a que se remite también la disposición final segunda de la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial). Por tanto, se impone el cierre registral si no se acredita que se ha efectuado la indicada notificación, al exigir los artículos 134 y 135 de la Ley 18/2007 que se acredite el cumplimiento de los requisitos impuestos por ella para proceder a la inscripción registral. Con carácter general, resolución de 17 de noviembre de 2011 de la Dirección General de los Registros y Notariado, para un caso de transmisión de Viviendas de Protección

Oficial en Andalucía, exige esa notificación previa. Por su parte, la Resolución de la *JUS* 2014, 501, de 28 de febrero, de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, también para el caso de una vivienda de protección oficial, considera necesaria la notificación en un caso de elevación a público de contrato privado de compraventa otorgada en cumplimiento de una sentencia.

Por otra parte, es importante destacar que en el caso de las transmisiones que se efectúan en el término municipal del Barcelona, es necesaria la notificación al Ayuntamiento de Barcelona, en virtud de la disposición final séptima 3 de la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, antes citada, según la cual *los derechos de tanteo y retracto regulados por el artículo 2 del Decreto ley 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria, en el ámbito territorial del municipio de Barcelona pueden ser ejercidos por la Agencia de la Vivienda de Cataluña o por el Ayuntamiento de Barcelona. A tal efecto, la decisión de transmitir la vivienda debe comunicarse a las dos administraciones, sin que establezca preferencia en el ejercicio del derecho entre estas Administraciones.*

Desde la perspectiva temporal, la duración de estos derechos se establecen en la disposición final primera del Decreto ley 1/2015, que limita su ejercicio a los 6 años siguientes a la entrada en vigor del Decreto ley, por lo que, salvo una hipotética prórroga legal, no operará en transmisiones posteriores a 27 de marzo de 2021. A su vez, se entiende que solo son objeto de estos derechos las adquisiciones verificadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, es decir, las posteriores a 9 de abril de 2008. Únicamente se exceptúa el caso de que el derecho se haya extinguido por las causas generales establecidas en el artículo 532-1 del Libro V. Al tratarse de una limitación legal de dominio (teniendo en cuenta las tres fuentes normativas a que se remite el precepto), *ex* artículo 37 de la Ley Hipotecaria y 568-1.2 del Libro V del Código Civil de Cataluña, en la práctica es posible que no se haga constar en el asiento de inscripción registral de la ejecución o dación en pago ni transmisiones ulteriores de la finca.

Desde el punto de vista objetivo, se aplica a las viviendas cuya terminación se haya efectuado con anterioridad a la adquisición y es importante destacar en esta resolución que quedan excluidos los edificios y los solares, por lo que acoge una interpretación literal del artículo y contribuye a eliminar uno de los interrogantes, si bien en caso de posterior división horizontal de edificios constituidos por viviendas no queda justificado que se aplique el régimen y si no lo estuvieran no, pues hace de peor condición al titular registral que divide horizontalmente frente al que no lo hace sin que materialmente exista causa que lo justifique. Por otro lado y en contra de la interpretación restrictiva que generalmente se aplica a las limitaciones de dominio, dado el interés público, entiende exigible la notificación a toda adquisición onerosa, no exclusivamente la compraventa, ya que el precepto emplea el término *transmisión* por lo que engloba aportaciones para constitución o aumento de capital o a comunidades conyugales en su caso o enajenaciones forzosas, supuestos en que la determinación del valor a los efectos de determinar si la notificación se ajusta a las condiciones de la transmisión dependerá del asignado por los interesados o en el fijado en la transmisión forzosa de que se trate. Parece, por tanto, que solo quedan excluidas las adquisiciones título lucrativo. Queda pendiente, aunque hubiera sido deseable, determinar claramente si se procede o no en caso de segundas transmisiones puesto que es frecuente el supuesto práctico en que, una vez comunicada a la Agencia de Vivienda u Organismo de carácter público a quien la Generalidad lo haya concedido en uso

de la potestad que le concede el artículo 2 del Decreto Ley, esta no lo ejercite en esa transmisión pero se reserve el derecho para ulteriores transmisiones del inmueble. En estos casos claramente ha de mantenerse su efectividad. Pero el problema radica en la inseguridad jurídica que genera en segundas o ulteriores transmisiones de inmuebles que inicialmente, como el supuesto de hecho, no estaban sujetas al derecho, pues obliga a una investigación jurídica del título por virtud del cual se inscribieron las adquisiciones previas por medio de una publicidad registral que va más allá de la constancia de la titularidad actual.

En resumen, para poder proceder a la inscripción de una escritura de transmisión de vivienda, es preciso acreditar la notificación a la Agencia de Vivienda a fin de que pueda ejercitar sus derechos de adquisición preferente, siempre que esté en área de demanda residencial fuerte y acreditada, delimitada por los cuerpos normativos a que se remite el artículo 2 del Decreto Ley 1/2015.

Resolución de 1-12-2017

(DOGC 11-12-2017)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 8

Desde el punto de vista procedimental, la Dirección General no se pronuncia sobre la posibilidad de interponer recurso a efectos doctrinales, pues el documento había sido objeto de subsanación e inscripción previa. Así resulta del último inciso del artículo 325 de la Ley Hipotecaria y se pronuncia el Centro Directivo en múltiples resoluciones, como en la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 19 de mayo de 2016, cuyo Fundamento de Derecho segundo entiende que *hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo según la cual la subsanación del defecto y la práctica en su caso de la inscripción solicitada no son obstáculos para la interposición del recurso contra la calificación del registrador. Aunque tras la reforma de la legislación hipotecaria por la Ley 24/2001 se haya suprimido la posibilidad de interponer recurso a efectos doctrinales, la tramitación del recurso debe admitirse considerando la antedicha doctrina jurisprudencial según la cual «el objeto del recurso... no es el asiento registral sino el acto de calificación del registrador» y que se declare si dicha calificación fue o no ajustada a Derecho, lo cual «es posible jurídicamente aunque el asiento se haya practicado. Por tanto, en línea con dicha doctrina, igual criterio debe aplicarse al caso en que solo se discuta uno de los fundamentos, y no otro, del defecto en cuestión.* Supuesto de hecho diferente es que el registrador, a la vista del recurso, decida practicar la inscripción (Fundamento de Derecho segundo de la resolución de fecha 23 de enero de 2017, que inadmitió el recurso). En este caso, la remisión genérica efectuada a la Ley Hipotecaria por el artículo 3.1 de la Ley 4/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de Cataluña serían el fundamento que permitiría resolver también estos casos a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas.

Por lo que respecta al fondo, la entrega del Libro de Edificio es un requisito impuesto por los artículos 25 65.1 d) de la Ley 18/2007, de 18 de diciembre, de derecho a la vivienda, que han de ser exigidos en el momento de otorgamiento de escritura (art. 132 b) y por el registrador de la propiedad para inscribir (art. 135). El Decreto 67/2015, de 5 de mayo, *para el fomento del deber de conservación, mantenimiento y rehabilitación de los edificios de viviendas mediante las inspecciones técnicas y el libro*

*del edificio* deroga el anterior de 187/2010, de 23 de noviembre, sobre la inspección técnica de los edificios de viviendas y entró en vigor el 8 de mayo de 2015.

En el primer aspecto, la inspección técnica, el Anexo I del Decreto establece un calendario (rubricado *Programa de inspecciones técnicas de los edificios de viviendas*) del siguiente tenor: todos los edificios de viviendas se han de someter a inspección técnica antes de los 45 años de antigüedad, tomando como fecha para determinar la antigüedad la que consta en el catastro. Para el caso de que no conste, se puede acreditar la antigüedad por otros medios admitidos en derecho. Con objeto de acreditar el cumplimiento de esta obligación hay que presentar a la Administración el informe de la inspección técnica del edificio de viviendas antes de que se cumplan los 45 años de antigüedad, con las excepciones siguientes en cuanto a edificios plurifamiliares:

1. Edificios con una antigüedad anterior a 1960, el plazo finaliza el 31 de diciembre de 2015.
2. Edificios con una antigüedad anterior a 1971, el plazo finaliza el 31 de diciembre de 2016.
3. A partir de esa fecha, deben inspeccionarse en un plazo que no exceda de los 45 años de antigüedad (antes del 31 de diciembre de 2019).

De la interpretación conjunta de este artículo junto con el artículo 132 de la Ley del Derecho a la Vivienda de 28 de diciembre de 2007 (en vigor desde el 8 de abril de 2008) y el al artículo 135.1 antes citados, constituye defecto que impide la inscripción la vulneración de estos preceptos. El Decreto 67/2015 establece en sus artículos 19 y siguientes y 22 y siguientes, los requisitos de los libros del edificio según sea nueva construcción o antigua, señalando para estas últimas que no se depositan en el Registro de la Propiedad los libros, sino que se custodian por los propietarios. En propiedades horizontales, por el presidente, por el secretario o por el administrador. Por último, el artículo 26 señala que, para las viviendas ya existentes, el libro del edificio debe formarse una vez recibido el informe de inspección técnica. Por ello, se impone la constancia de la existencia del libro del edificio no solo en las viviendas terminadas con posterioridad al 8 de abril de 2009 (viviendas existentes), sino también en aquellas anteriores que hayan debido pasar la inspección técnica del edificio, en cuyo caso no constan depositados en el registro, pues se trata de un supuesto distinto al establecido por el artículo 202 de la Ley Hipotecaria.

En cuanto a la renuncia, esta admisibilidad contrasta con la sostenida en materia de cédula de habitabilidad. Por lo que se refiere al deber de entregarla y la imposibilidad de renuncia, la Dirección General de Derecho entiende que la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, es imperativa y tiene por finalidad fijar parámetros de calidad de las vivienda, imponiendo un conjunto de obligaciones a los distintos agentes de la construcción, por lo que no cabe que el adquirente renuncie a ellas para obviar el requisito (resolución de 31 de marzo de 2009, Fundamento de Derecho segundo). Tampoco admite la renuncia la resolución de 20 de abril de 2010 que se refería a persona jurídica que renuncia, pues ni la Ley ni el entonces vigente Decreto 55/2009, de 7 de abril, distinguen entre personas físicas y jurídicas para exigir este requisito, afirmando en el Fundamento de Derecho Segundo *que la renuncia hecha en estos términos es contraria a la Ley sin que las personas jurídicas puedan eludir la obligación que les imponen los artículos 26.2 y 132 a) de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, y 8 del Decreto 55/2009, de 7 de abril. La escritura que la contiene no se habría tenido que autorizar ni puede tener acceso al registro de la propiedad*

*mientras no se aporte la cédula o el informe técnico supletorio, sin perjuicio que, en virtud de la compraventa y de la tradición que se formaliza, la sociedad compradora haya adquirido plenamente la propiedad de la vivienda objeto del contrato* (hoy, art. 10 del Decreto 141/2012, de 30 de octubre). Ahora bien, en el caso del libro del edificio, el matiz estriba en que el artículo 15.3 del Decreto 67/2015 permite la exoneración del deber de entregar el certificado de aptitud y el informe técnico por causas justificadas. De ahí que el apartado cuarto disponga que *los notarios y los registradores han de informar de estas obligaciones y hacer constar, si procede, la exoneración en los actos de transmisión*. En la práctica, esta advertencia se hace constar en la nota de despacho. Por ello, siendo estos documentos parte del libro del edificio, se entiende por la Dirección General que se puede en consecuencia renunciar, pero de forma clara y terminante, en los términos en que se pronunció la resolución 1719/2017, de 12 de julio. Esta resolución de 2010 entronca además con la ausencia de diferenciación entre personas físicas y jurídicas, consumidores o no, que sostiene la Dirección General en la resolución que es objeto de comentario, pues la Ley no distingue y no precisa en ningún caso que haya de ser consumidor el adquirente (así, Fundamento de Derecho tercero de la resolución de 25 de octubre de 2013).

En resumen, se ha de exigir la exhibición o renuncia expresa del adquirente al libro del edificio en las transmisiones de fincas sujetas a dicha obligación.

Resolución de 8-1-2018

(DOGC 16-1-2018)

Registro de la Propiedad de Salou.

#### HERENCIA YACENTE. RECURSO GUBERNATIVO. LEGADO.

En cuanto al fondo, el apartado II de la Exposición de Motivos del Libro IV señala ya que *entre las novedades sustantivas, es remarcable la regulación, en el supuesto de herencia yacente, de las consecuencias que produce la aceptación de alguno de los coherederos, si existen otros que no se han pronunciado aún*. En este caso, *se entiende que la situación de yacencia se extingue y el libro cuarto opta por atribuir la administración ordinaria de la herencia a quienes aceptan, a la espera de que el resto también lo haga o se frustren los llamamientos*. Esta novedad, plasmada en el artículo 411-9 del Código, es aplicada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Cuarta) 421/2016, de 29 de junio, la cual considera que las facultades de administración y entrega de legados del heredero que acepta la herencia comprende los supuestos de aceptación tácita de herencia establecidos por el artículo 461-5 del Libro IV. Por ello, si un heredero efectúa cualesquiera de ellos, el legatario está legitimado para exigir la entrega al heredero gravado. En el ámbito registral, la apreciación de dicha circunstancia es difícil en sede de calificación, *ex* artículo 18 de la Ley Hipotecaria. No obstante, la resolución de fecha 19 de julio de 2016 (Fundamento de Derecho cuarto), citando la resolución de 19 de septiembre de 2002, facilita (al amparo de los arts. 999 y 1000 del Código Civil) la aceptación tácita de la herencia, pues ha de entenderse que existe tal aceptación tácita si se da cualquier actuación del heredero que implique la voluntad de aceptar, como sería la simple solicitud de inscripción de los bienes adjudicados. Por su parte, el Fundamento de Derecho segundo de la resolución de la Dirección General de Derecho de 17 de marzo de 2008 señaló, bajo la vigencia del artículo 19 del Código de Sucesiones 40/1991,



de 30 de diciembre, considera que la *aceptación tácita es la que deriva de un comportamiento de la persona llamada a la herencia que, interpretado de acuerdo con la buena fe y con los usos, permite concluir que está la voluntad de adquirir la herencia*. En definitiva, como señala la sentencia 44/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, para ostentar la legitimación pasiva en estos casos se precisa una asunción de derechos y obligaciones como tal heredero. Por lo tanto, a los efectos de inscribir la escritura de entrega de legado, el artículo 81 letra c) del Reglamento Hipotecario habría que entender que cualquier heredero en caso de llamamiento a varios puede efectuar e dicha entrega, a diferencia de la interpretación que se efectúa en ámbito del Derecho Civil común en que en caso de varios herederos, se precisa el consentimiento de todos (arts. 881 y 885 del Código Civil, resolución de 5 de abril de 2016, por todas). No se pronuncia la resolución, en cambio, aunque se planteó en la nota de calificación, la necesidad de aportar la escritura de aceptación del heredero que comparecía pues en el recurso tampoco se cuestiona. Por otra parte, se ha de poner en relación este pronunciamiento con la resolución de 9 de junio de 2017 a que se refiere a Dirección General de Derecho. Por lo que respecta a la competencia, en el Fundamento de Derecho segundo de la resolución, en sentido opuesto al Fundamento de Derecho tercero de esta resolución, el Centro Directivo se considera competente para resolver recursos mixtos, es decir, basados en cuestiones específicas de derecho catalán comprendiendo, además, otras cuestiones de derecho común u otro tipo de derecho, dados los términos de la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 2014 en el recurso de inconstitucionalidad número 107/2010 planteado contra la Ley catalana 5/2009, de 28 de abril. Por el contrario, cuando la calificación impugnada o los recursos se fundamenten además, o exclusivamente, en otras normas o en motivos ajenos al Derecho catalán, el registrador deberá dar al recurso la tramitación prevista en la Ley Hipotecaria y remitir el expediente formado a esta Dirección General de los Registros y del Notariado en cumplimiento del artículo 324 de la Ley Hipotecaria. En el supuesto de hecho, argumenta que es competente ya que la materia discutida no era solamente de Derecho especial catalán, sino también de Derecho registral, al versar sobre el alcance y la interpretación del artículo 81 del Reglamento Hipotecario. Partiendo de esta competencia, en el Fundamento de Derecho cuarto considera que de la interpretación conjunta de los artículos 427-22-3 y 4 y 81 del Reglamento Hipotecario se infiere la necesidad de que el heredero entregue la cosa objeto de legado, ya que la expresión *facultad de disposición* de dicha cosa empleada por el testador no es sinónimo de facultar al legatario para tomar por sí mismo la posesión de la cosa objeto de legado. En resumen, cualquiera de los herederos que haya aceptado puede hacer entrega del legado sin consentimiento ni notificación a los demás. *JUR* 2016, 266274, Recurso de Apelación 1038/2015. Fundamento de Derecho cuarto. Ponente: M.R.E. sentencia de 1 julio 2014. *RJ* 2014, 5528. Recurso de Casación núm. 8/2014. Ponente: J.F.V.G. Debido en algunos supuestos además a la diferente naturaleza de la legítima como señala la resolución de 9 de junio de 2017 que luego se comentará, ya que es *pars bonorum*, a diferencia de la legítima de Derecho civil catalán (resolución de 12 de junio de 2014, Fundamento de Derecho tercero, reiterada en la de fecha 16 de junio, 4 de julio, 15 de septiembre y 29 de diciembre de 2014 y 2 de marzo de 2015 (Fundamento de Derecho noveno) o 16 de octubre de 2015 (Fundamento de Derecho sexto) y 5 y 18 de julio de 2016 o 25 de mayo de 2017 y 22 de septiembre de 2017).

## **COMENTARIOS A RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

Reflexiones sobre la doctrina de la DGRN relativa al juicio de equivalencia funcional contenida, entre otras, en la resolución de 6 de noviembre de 2017

por Vicente DOMÍNGUEZ CALATAYUD  
*Registrador de la Propiedad*

Los documentos otorgados en el extranjero o por funcionario extranjero, y este lo es por tratarse de una escritura de apoderamiento autorizada por el Cónsul de Suecia en Benidorm ejerciendo funciones notariales, deben superar un análisis de idoneidad o de equivalencia en relación con los documentos públicos españoles que resulta exigido por los artículos 4 LH, 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil y por la disposición adicional tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

El juicio de equivalencia implica la comprobación de la concurrencia en el otorgamiento del documento público extranjero de los elementos estructurales que dan fuerza al documento público español a los meros efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad español y sin que tal juicio sea esencial a efectos extrarregistrales.

El juicio de suficiencia se extiende o alcanza a la comprobación:

- A) de que sea autorizado por quien tenga atribuida en el país del otorgamiento la competencia para dar fe pública.
- B) de que tal autoridad haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate; singularmente, tratándose de escrituras públicas, que el funcionario autorizante dé fe de o garantice la identificación del otorgante, su capacidad y su legitimación para el acto o negocio de que se trate y su intervención surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen a los que produce en España la intervención del funcionario equivalente.
- C) de que el documento autorizado por el funcionario equivalente resulte sustancial y formalmente válido conforme a la Ley aplicable.

Aunque el funcionario español al que más propiamente compete la emisión del juicio de equivalencia es el notario, la DGRN nos recuerda algunas cuestiones relevantes al respecto:

- A) la acreditación del principio de equivalencia no es un requisito estructural de la escritura pública autorizada por el notario español, ni compete en exclusiva a este.
- B) es decir, el juicio de equivalencia con el contenido y alcance antes indicado puede ser emitido o no por el notario toda vez que este no está obligado a conocer el Derecho extranjero, pudiendo cumplirse utilizando cualquier medio de prueba idóneo del Derecho del país del otorgamiento relativo a las funciones del funcionario autorizante y a los efectos del desempeño de las mismas.
- C) el registrador, bajo su responsabilidad, puede apreciar tal equivalencia si no constare el juicio notarial sobre la misma y puede disentir de la que apreciara el notario autorizante siempre que lo motive expresa y adecuadamente.

Todo ello diferencia de una manera evidente y palmaria el juicio de equivalencia funcional y de efectos del documento presentado a inscripción del juicio de suficiencia de los poderes ejercitados en el negocio representativo concreto, ya que:

- A) tal juicio de suficiencia es un requisito estructural de la escritura y una obligación ineludible del notario autorizante tal como resulta del párrafo tercero del fundamento de derecho 8, de la resolución de la DGRN de 12 de abril de 2002 sobre la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que nos dice que, en caso de incumplimiento, ello «obligaría a negar al documento así redactado la cualidad de escritura pública inscribible a los efectos de lo establecido en los artículos 3 y 18 de la Ley Hipotecaria, por no cumplir los requisitos exigidos por la legislación notarial respecto del juicio notarial de capacidad y legitimación de los otorgantes...».
- B) y, por otra parte, el registrador debe limitar su calificación al cumplimiento por el notario de los requisitos del juicio de suficiencia establecidos en el artículo 98.1. de la Ley 24/2001 sin que pueda revisar el fondo del mismo juicio de suficiencia ni exigir, a tal efecto, acompañamiento o transcripción de la escritura de apoderamiento.

Por su parte, el ámbito de ambos juicios es totalmente diferente, la propia DGRN reconoce expresamente, como no podría ser de otra forma, que son «juicios distintos» por lo hasta aquí dicho y también por su diferente ámbito: el estatuto y la actuación de la autoridad extranjera para comprobar si ejerce funciones equivalentes a las de la autoridad española por lo que al juicio de equivalencia se refiere y la valoración de la suficiencia de las facultades representativas concedidas en el negocio de apoderamiento a los efectos de legitimar al representante para el otorgamiento del negocio representativo concreto de que se trate por lo que al juicio de suficiencia se refiere.

Siendo juicios distintos, realmente tan distintos, por las razones apuntadas y produciendo su deficiencia efectos también diferentes: la insuficiencia de las facultades representativas afecta a la eficacia del negocio representativo y en

consecuencia a su inscribibilidad o ininscribibilidad en el Registro; mientras que la falta de equivalencia o, mejor dicho, de su mismo juicio por quien corresponda a la mera cuestión de su accesibilidad o no al Registro sin otros efectos más allá de este; siendo tan distintos ambos juicios por todo lo dicho razonablemente deberían ser objeto de expresiones distintas y diferenciadas en la escritura que formalice el negocio representativo incluyendo en este concepto el negocio de subapoderamiento. Tal expresión separada sería necesaria por lo dicho en todo caso, incluidos aquellos en los que ambos juicios sean positivos o negativos y, además, especialmente útil en los siguientes casos:

- A) cabe que haya equivalencia funcional e insuficiencia de facultades representativas; en este caso, evidentemente, se tienen que hacer necesariamente dos juicios expresos, distintos y diferenciados lo cual dejará claro al poderdante la posibilidad de otorgar ante el mismo funcionario extranjero la correspondiente ratificación.
- B) cabe que haya falta de equivalencia funcional y, sin embargo, las facultades del apoderamiento sean suficientes para el negocio representativo en cuyo caso dado que la falta de equivalencia no produce efectos extrarregistrales y solo da lugar a la ininscribibilidad del documento extranjero, deberá hacerse, igualmente, dos juicios expresos, distintos y diferenciados lo cual dejará claro al poderdante la necesidad, a los solos efectos de su inscripción en el Registro, de elevar a escritura autorizada por notario español, u otro con funciones equivalentes a las de este, el documento autorizado por el funcionario extranjero carente de funciones equivalentes a las del fedatario español.

Es por todo ello que la DGRN nos dice que el notario autorizante de la escritura que contenga el negocio representativo tiene que realizar los dos juicios de forma separada sin necesidad de ajustarse a fórmulas sacramentales ni adoptar necesariamente la forma de informe separado bastando hacer constar, junto a las reseñas concernientes a los datos del otorgamiento del documento y de la ley conforme a la que se ha autorizado, que «el poder reseñado es suficiente para el otorgamiento de esta escritura de (...) entendiendo que el mismo es funcionalmente equivalente a los efectos de acreditar la representación en el tráfico jurídico internacional» o fórmulas similares.

Dada la diferencia entre ambos juicios tanto en cuanto al ámbito al que se refieren, como en cuanto al funcionario que debe o puede realizarlos y su distinta trascendencia que en ambos casos decide finalmente su inscribibilidad o no en el Registro lo cual finalmente es una decisión que ha de adoptar el registrador de la propiedad o mercantil en el ejercicio de su función calificadora desarrollando el principio de legalidad (cfr. arts. 3 y 18 LH) respecto de la escritura otorgada por el notario en el ejercicio de su función fedante y también en el ejercicio del control de legalidad que es inherente al desempeño de la citada función, como lo es a cualquier funcionario que intervenga en el ejercicio de su función pública, funciones las de uno y otro, notario y registrador, que nunca pueden dar lugar a o facilitar resultados contrarios a los queridos por la ley aplicable al caso (art. 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil y disposición adicional tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria) que debe ser siempre interpretada en el sentido que más favorezca su efectivo cumplimiento y, además en el caso que nos ocupa, en el sentido que más y mejor favorezca la seguridad jurídica como

principio rector de nuestro Estado de Derecho garantizado por el artículo 9.3. CE especialmente en su aplicación al tráfico jurídico no teniendo, por todo ello, lugar en la interpretación de tales normas opciones hermenéuticas basadas en suposiciones o sobreentendidos que impliquen infrautilización de la intervención notarial o de la calificación registral que conllevarían inevitablemente por ruptura de la cadena lógica de sus presupuestos esenciales una excepción inadmisibles a la aplicación protectora de la seguridad del tráfico jurídico de los principios registrales de legitimación y fe pública, devaluación de los estándares de seguridad jurídica impensables en un Estado de Derecho como lo es el nuestro que, por ello, por serlo y para serlo, garantiza, como antes dije, la seguridad jurídica como uno de sus principios rectores (cfr. art. 9.3. CE). Tal degradación de los estándares de seguridad jurídica no solo no se puede llevar a cabo en virtud de interpretaciones doctrinales o jurisprudenciales o de la práctica profesional sino que tampoco puede resultar de una norma legal pues la norma que así lo hiciera podría ser objeto de un reproche de inconstitucionalidad toda vez que en un Estado de Derecho como lo es el Reino de España los niveles de seguridad jurídica solo pueden ser objeto de elevación o reforzamiento y nunca, ni siquiera por una ley, objeto de devaluación o debilitamiento.

Por otra parte, el alcance del juicio notarial de suficiencia de los poderes viene recogido en el artículo 98.2. de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre que nos dice al respecto que «La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario». A la vista de este precepto cabe preguntarse si es admisible una interpretación doctrinal o jurisprudencial o consagrada por la práctica profesional extensiva de su alcance para incluir en él un efecto no previsto relativo a una materia tan diferente del juicio de suficiencia de las facultades representativas, según hemos visto, como es el juicio de equivalencia funcional. Por otro lado, cabe preguntarse también si es admisible la interpretación que subsume juicios tan diferentes como el de equivalencia y el de suficiencia dentro de este último a la vista del artículo 60 de la Ley 29/2015 y de la disposición adicional tercera de la Ley 15/2015 que configuran tal juicio como un requisito exclusivamente de inscribibilidad alcanzable de diversas formas siempre que, como tal requisito, permita la plena calificación registral que como tal requisito indispensable para la inscripción exige.

Además de las dudas fundadas en estas reflexiones, la pretendida subsunción del juicio de equivalencia funcional dentro del juicio de suficiencia de los poderes que obligatoriamente ha de dar el notario y sin el cual la escritura no merece la calificación de escritura pública inscribible por ser elemento estructural de ella convierte el juicio de equivalencia de funciones en un elemento estructural de la escritura y en un juicio obligatorio para el notario que queda de esta manera constreñido a conocer el Derecho extranjero lo cual es una obligación en el desempeño de su función pública que no le impone ley alguna con la que, además, se elimina cualquier otro medio de prueba del Derecho extranjero que no sea el del notario que obligatoriamente ha de dar con ocasión de emitir el obligatorio, ese sí, juicio de suficiencia de las facultades representativas del apoderado (cfr. art. 36 RH).

Además, otra consecuencia de la subsunción del juicio de equivalencia dentro del de suficiencia, es que no hay ámbito para el ejercicio de la función calificadora. Aunque la suficiencia de los poderes ha quedado sustraída al ámbito del principio de legalidad en su variante calificación registral y al folio registral accede una

legitimación ni calificada ni calificable por el registrador que, no obstante ello, firma todo el asiento; al menos su calificación se ciñe a comprobar que el juicio de suficiencia de los poderes ha sido emitido por el notario con los requisitos exigidos por el artículo 98 de la Ley 24/2001; algo de calificación se salva aunque se le prohíba al registrador calificar la legitimación y revisar la suficiencia declarada por el notario. Sin embargo, en el caso del juicio de equivalencia resulta que si no lo hace el notario, lo puede hacer el registrador bajo su responsabilidad o hacerse de otras maneras e incluso, cuando se hace separadamente del juicio de suficiencia hay un ámbito calificable que resulta del párrafo decimoquinto y penúltimo del Fundamento de Derecho 4 de la resolución de 6 de noviembre de 2017, ¿cómo puede ser que con estas características del juicio de equivalencia se pueda proponer su emisión supuesta, sobreentendida, y solapada con el juicio de suficiencia que lo haría totalmente incalificable por el registrador?; ello produciría la paradoja de que en el juicio de suficiencia que es exclusivo del notario y obligatorio para él algo califica el registrador, mientras que en el juicio de equivalencia que ni es exclusivo de él ni es obligatorio para el notario, al darse supuesto y sobreentendido dentro del juicio de suficiencia, la calificación registral queda sin ámbito y eso que estamos ante un requisito que no produce efectos fuera del ámbito registral, es decir, estamos ante algo que se requiere solo a efectos de la inscripción en el Registro. ¿Es lógico y admisible sustraer a la calificación registral algo que es exclusivamente requisito para la inscripción, con las enormes diferencias que hay entre una titularidad inscrita y otra que no lo ha sido, y hacerlo por la vía de solaparlo con otro juicio que presenta grandes diferencias con el solapado?, ¿puede el registrador ser responsable sin calificar, puede el Registro desenvolver los súper protectores principios de legitimación y fe sin un juego pleno y claro del principio de legalidad a través de la calificación registral?, ¿es defendible que no aparezca ni en la escritura ni, por ello, tampoco en el asiento del Registro referencia alguna expresa y separada al cumplimiento de un requisito para la inscripción como es el juicio de equivalencia funcional teniendo en cuenta las importantes diferencias que existen entre una titularidad jurídica inscrita y otra no inscrita? ¿en qué condiciones de protección registral queda un tercero, un subadquirente, cuando en el folio registral no queda constancia alguna de la equivalencia funcional, le protegería la fe pública registral si se declarara la nulidad de la inscripción por falta de equivalencia del título que la motivó? Puede desenvolver el juicio notarial de equivalencia y, en general, cualquier juicio notarial sus efectos más allá de su función de condicionar el otorgamiento de la escritura y hacer que esta se pueda autorizar y produzca los importantes efectos que le son propios?, ¿puede un juicio notarial sin calificación registral acceder directamente a los folios del Registro y quedar protegida su correlativa consecuencia por los principios de legitimación y fe pública registrales?, ¿es compatible la subsunción, el solapamiento de un juicio notarial dentro de otro con la claridad que ha de presidir la redacción de las escrituras públicas dados sus trascendentales efectos?, ¿es ese pretendido solapamiento compatible por sí solo con la correcta comprensión del instrumento por sus otorgantes y con una correcta depuración de las responsabilidades en las que, en su caso, hubiera podido incurrir el notario autorizante? ¿Es admisible ampliar por la vía que sea el alcance excepcional (excepcional por constituir una excepción al principio de legalidad establecido en la LH y su trasunto la calificación registral) de un juicio notarial que solo obliga al notario a dispensar su función en caso de ser positivo y que por virtud de lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 24/2001 pasa, omitiendo la calificación registral, a determinar el contenido de

un asiento del Registro en materia que estrictamente no entra dentro de la fe pública notarial a la que también desnaturaliza?, ¿es admisible, digo, ampliar esa excepción a nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva para entender que «cabalmente» presupone el juicio de equivalencia de funciones del notario extranjero autorizante de la escritura de apoderamiento?

Todas estas dudas surgen como consecuencia de la pretensión de subsumir el juicio de equivalencia dentro del de suficiencia de los poderes, pretensión que se sostiene en pronunciamientos administrativos no precisamente claros y en cierta práctica profesional pero que carece en absoluto de respaldo legal. Cuando el legislador ha querido limitar el ámbito del principio de legalidad y de su trasunto, la función calificadora, lo ha hecho, como no podía ser de otro modo, mediante una ley que ha fijado con claridad la reducción de la calificación y, en ese sentido, es clara la diferencia que se puede observar entre el artículo 60 de la Ley 29/2015 y la disposición adicional tercera de la Ley 15/2015 por un lado y el artículo 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, por otra. Excepcionar o limitar el alcance de una norma legal (cfr. art. 18 LH) solo se puede hacer mediante otra norma de igual rango pero no mediante doctrina administrativa por muy autorizada y reconocida que esté ni en la prestación de un servicio profesional por digno y apreciado que este sea. Es una cuestión de rango normativo, de seguridad jurídica en definitiva, de supremacía de la Ley a la que estamos sujetos todos: ciudadanos y poderes públicos.

Pero es que la norma que sancionara la subsunción supuesta del juicio de equivalencia dentro del de suficiencia, por todas las razones y dudas expuestas, traería consigo una rebaja en los estándares de seguridad jurídica lo que, como antes dije, la haría susceptible de reproche de inconstitucionalidad ya que en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro, los estándares de seguridad jurídica se pueden mantener o elevar pero nunca reducir ya que ello conculcaría los artículos 1, 9.3 y 24 CE.

Es por todo lo dicho que el juicio de equivalencia de funciones y efectos del documento extranjero puede y el juicio de suficiencia de las facultades representativas debe ser formulado por el notario autorizante del negocio representativo de forma expresa y separada aunque sin sujeción a fórmulas sacramentales y uno y otro juicio deben ser calificados por el registrador (quien bajo su responsabilidad puede apreciar tal equivalencia por tratarse de una cuestión de prueba del Derecho extranjero) con el ámbito que de las leyes resulte y caso de discrepar de los juicios notariales, de uno, de otro o de ambos, poner de manifiesto tal disenso en su nota de calificación de forma expresa y motivada para cada juicio. Lo que sucede es que como el registrador puede calificar la suficiencia dada por el notario o entenderla concurrente cuando el notario no lo haga, cosa que nunca sucederá porque este está obligado a dar el juicio de suficiencia y dentro de él se subsume el de equivalencia, nunca podrá ponerse una nota de calificación exclusivamente dirigida a exigir el juicio de equivalencia expreso y diferenciado y solo cabrá formular esa nota dentro de otra que considere que no concurre la equivalencia que el notario ha debido supuestamente valorar con ocasión de formular el juicio de suficiencia de las facultades representativas, una consecuencia más de esta doctrina de la subsunción que amplía el ámbito de una excepción al sistema vía esta, la de las sucesivas ampliaciones de la excepción, que pueden terminar con la calificación registral y, precisamente por ello, con la intensa y potente protección del tráfico jurídico que deriva de la inscripción registral y que es una consecuencia lógica de nuestro Estado de Derecho.

**ESTUDIOS  
JURISPRUDENCIALES**





## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

# La educación religiosa y la realización de los sacramentos de los menores \*

## *Religious education and the realization of sacraments of the minors*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora Titular de Derecho Civil. UCM*

*RESUMEN:* La educación religiosa y la obtención de los sacramentos religiosos deben ser coherentes con la trayectoria de los progenitores o la otorgada al menor desde su nacimiento. El tribunal no puede de oficio imponer prácticas y ritos religiosos. Esta afirmación busca la coherencia en la educación religiosa del menor que no debe verse «desvirtuada» por la ruptura matrimonial y los conflictos existentes entre los padres tras la separación, divorcio o nulidad matrimonial.

*ABSTRACT:* *Religious education and the obtaining of religious sacraments must be coherent with the trajectory of the parents or that granted to the minor since his birth. The court can not impose religious practices and rites. This statement seeks coherence in the religious education of the child that should not be «distorted» by the marital breakdown and conflicts between parents after separation, divorce or marriage annulment.*

---

\* 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:** Educación religiosa. Sacramentos. Interés superior del menor. Progenitores. Inexistencia de acuerdo.

**KEY WORDS:** *Religious Education. Sacraments Best interest of the child. Parents. Absence of agreement.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN Y MARCO JURÍDICO.—II. LIBERTAD RELIGIOSA.—III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y AUDIENCIA DEL MENOR.—IV. LA EDUCACIÓN RELIGIOSA DEL MENOR.—V. CUESTIONES EN TORNO A LA RECEPCIÓN DE LOS SACRAMENTOS: LA PRIMERA COMUNIÓN Y SUS GASTOS.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TC, TS y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN Y MARCO JURÍDICO

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, nació como consecuencia de la publicación de la Constitución de 1978, que exigía una reforma que garantizase el respeto de los derechos y personalidad del hijo pero sobre todo la equiparación de ambos progenitores en el ejercicio de la patria potestad. La publicación de la Ley de 1981 se centró en otorgar la patria potestad tanto a la madre como al padre; establecer como principio básico el respeto a la personalidad del hijo; y potenciar la figura del juez como garante del interés del hijo. El artículo 39.3.º CE configuró la patria potestad como un deber de asistencia de los padres, de toda índole para con sus hijos, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente procediese. Por otro lado, la libertad religiosa es un derecho reconocido en el artículo 16 CE a «los individuos y comunidades»<sup>1</sup>.

Así pues, la patria potestad debe ejercerse en beneficio y para la satisfacción del interés de los hijos menores no emancipados. Realmente es el poder que la ley otorga a los padres sobre los hijos menores de edad no emancipados para proveer a su asistencia integral. En conexión con ello, el artículo 27.3 CE declara que «los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

Posteriormente la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), Ley 1/1996, de 15 de enero, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil dotó al menor de un adecuado marco jurídico de protección teniendo en cuenta la existencia de diversos Tratados Internacionales y especialmente la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que marcó el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que este desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo y, a su vez, determinantes en la interpretación del régimen jurídico de la patria potestad. Es en este momento, a través de esta LO, donde por primera vez se introduce en nuestro Derecho el principio general del interés superior del menor. Principio que ha sido concretado en la reforma de la LOPJM de 2015, en el artículo 6 (Ley Orgánica 8/2015

de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) que establece de forma específica que «el menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión».

Pero fue en el artículo 6.3 LOPJM donde se estableció que siguiendo los principios constitucionales anteriormente indicados «los padres y los tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esa libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral».

Actualmente la patria potestad se concibe como una *potestad dual*, de *ejercicio conjunto de los progenitores*, independientemente de que exista o no matrimonio entre los mismos, pues la filiación determina su nacimiento *ex lege*. Sin olvidar que tras la reforma operada por la Ley 13/2005, que dio entrada al matrimonio entre personas del mismo sexo, se suprimieron las referencias al padre y a la madre, y se sustituyeron por el término progenitores o padres.

Excepcionalmente puede ejercerse la patria potestad por uno solo de los titulares por ejemplo cuando uno solo realiza los actos derivados de aquella con el consentimiento expreso o tácito del otro o cuando se trate de actos que realice uno de ellos conforme al uso social o en situaciones de urgente necesidad (art. 156.1 del Código Civil). No obstante cuando hay desacuerdo o se prevé que va a verlo cualquiera de los progenitores puede acudir al juez para que este atribuya la facultad de decidir a uno de ellos en relación con esa cuestión (art. 156.2 del Código Civil).

Generalmente cuando los padres o progenitores continúan unidos veremos que no suele haber problema en relación con el tipo de *educación religiosa* a recibir por el menor, la asistencia a las clases de una determinada formación religiosa, o el tipo de colegio en el que el menor recibe la educación o incluso los sacramentos que este va a recibir (ya sea el bautismo, la comunión o la confirmación, en algunos casos) el problema surge cuando los padres viven separados ya sea porque se ha producido una separación, un divorcio o una nulidad.

No se encuentra dentro de las atribuciones del guardador elegir o dirigir la educación moral y religiosa del menor, ya que ello escapa del cuidado de índole estrictamente personal y cotidiana de este. Esta facultad entra más bien en el ámbito de funciones derivadas de la patria potestad que, en principio, ambos padres ejercen<sup>2</sup>.

Como hemos indicado anteriormente la enseñanza religiosa de los hijos en los colegios, si acuden o no a actos de culto, o si hacen o no la Primera Comunión se convierten en ocasiones en objeto de conflicto, siendo entonces el juez quien decidirá después de oír a ambos y al menor *si tuviera la suficiente madurez y en todo caso si fuera mayor de 12 años*, como vamos a ver.

Problemas que surgen cuando la sentencia de divorcio es firme, por lo que conocerá el juez de este tipo de disputas a través de un proceso de *jurisdicción voluntaria, regulado en el artículo 86 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria*, que se refiere a intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad. Pero también es posible que llegue a conocimiento del juzgador a través del *procedimiento de modificación de medidas*<sup>3</sup>.

El análisis jurisprudencial que vamos a analizar se va a referir a otros factores o circunstancias que también son tenidas en cuenta como si en el convenio regulador se contempla alguna previsión sobre la educación religiosa y aprobación de sacramentos y gastos de los mismos por parte de los progenitores o si hay continuidad con la mantenida y seguida hasta ese momento de la separación o divorcio de los padres, o, incluso, si se tiene en cuenta cual será la edad a partir de la cual el menor podrá ejercer su libertad religiosa como titular de ese derecho.

## II. LIBERTAD RELIGIOSA

Como hemos indicado cuando las relaciones entre los progenitores son conflictivas dicha tensión incide directa e inmediatamente sobre el menor y sobre todos los ámbitos de su vida entre los que se encuentra como esencial el de la educación, ámbito en el cual el juzgador debe actuar en defensa del interés superior del menor<sup>4</sup>.

La tendencia de los juzgados a fin de evitar problemas es señalar dentro del *convenio regulador*<sup>5</sup> o en los supuestos de *modificación de medidas* o incluso por vía del *procedimiento de resolución de discrepancias de ambos progenitores en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores de edad, en los términos que contempla el artículo 156 del Código Civil*<sup>6</sup>, la necesidad de llegar a acuerdos entre los progenitores para la adopción de medidas sobre educación religiosa y permanencia o cambio de centro educativo «por tratarse de decisiones que redundan en el desarrollo integral de los menores y derivan del ejercicio conjunto de la patria potestad, debiendo ser el órgano judicial el que decida en caso de desacuerdo»<sup>7</sup>. Y el juez o la Sala resolverán en caso de desacuerdo conforme a «las convenciones sociales y religiosas de las partes»<sup>8</sup>.

Pero cuando tras la ruptura matrimonial existe conflictividad entre los progenitores, la asistencia a las clases de catequesis —por ejemplo— puede utilizarse como medio para intentar conseguir la *modificación del régimen de guarda y custodia* por coincidir las mismas con el día de visita intersemanal del progenitor actor, alegando que dicha situación es fruto de una «conducta pretendidamente entorpecedora de su derecho de visitas»<sup>9</sup>.

Generalmente en la actualidad se suele acordar un régimen de custodia compartida o un régimen de guarda y custodia por uno de los progenitores con un derecho de visitas amplio por parte del otro. En este último caso si el progenitor con derecho de visitas ha cumplido sin queja por parte del otro progenitor ni del menor la ruptura matrimonial no va a implicar un cambio radical en las costumbres del menor<sup>10</sup>.

Por otro lado la discrepancia de los padres respecto al colegio público o religioso donde escolarizar a la hija está íntimamente enlazado con el derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia por lo que el Juzgador también tendrá en cuenta cuantas alegaciones se formulen por los progenitores en relación con el mismo<sup>11</sup>.

Previamente hemos de recordar que la libertad religiosa es un derecho reconocido en el artículo 16 CE a «los individuos y comunidades» y que hay Jurisprudencia del TC al respecto.

La primera de las sentencias que se refirió a este tema fue la STC 141/2000, de 29 de mayo de 2000, que consideró vulnerado el derecho a la libertad de creencias de un padre al que se le restringió el derecho de visita a sus hijos menores por ser miembro del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, sin prueba alguna sobre riesgos o perjuicios para sus hijos menores de edad<sup>12</sup>. En ella se insistió en que el ejercicio de la patria potestad tiene como límite el respeto de la integridad moral de los menores, y la prohibición de las conductas que redunden en perjuicio del menor, o con las que se postergue su superior interés.

Posteriormente el Tribunal Constitucional en su sentencia de 18 de julio de 2001<sup>13</sup> declaró que los menores de edad son titulares del derecho a la libertad religiosa. El cual comprende también el derecho a no profesar religión o creencia alguna, y así lo recordó el Tribunal Constitucional en la sentencia de 15 de febrero de 2002<sup>14</sup>.

Recordemos que en la Convención de Derechos del Niño, en su artículo 14.2, se concretó que: «*la libertad de religión del niño es sin perjuicio de «los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades».*»

El artículo segundo de la LO 7/80 de 5 de julio de libertad religiosa establece que «*La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:*

- a) *Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.*  
(...)
- c) *Elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.»*

También en relación con ello, el artículo 2.1 c) de la LO 7/80, establece que el derecho a la libertad religiosa y de culto garantizado por la Constitución comprende, entre otros derechos y facultades, el de «*elegir para sí, y para los menores no emancipados o incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones»*, conectándose así la libertad religiosa de los hijos con su formación religiosa, y con el derecho —deber de los padres de dispensar a los hijos una formación integral y de cooperar para que estos últimos ejerzan su libertad religiosa.

En resumen, la libertad religiosa de los menores es, sin perjuicio de los deberes y derechos de los padres, el derecho de guiar al menor en su ejercicio conforme a la evolución de sus facultades, de modo que contribuya a su desarrollo integral.

### III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y AUDIENCIA DEL MENOR

En los supuestos indicados de discrepancia entre progenitores hay que tener en cuenta el *principio general del interés superior del menor* pues tanto la solicitud de un progenitor (de llevar al niño a las clases de catequesis) como la petición del otro (de no llevarlo) son opciones muy respetables, y tanto una como otra compatibles con la protección del interés del menor.

Por ello no puede darse una solución generalizada, sino que habrá que *analizar ponderadamente las circunstancias de cada caso*, teniendo en cuenta los usos sociales o familiares, en su caso, la existencia de pacto entre padres, incluso las propias valoraciones que cada uno haga de la cuestión.

Sin olvidarnos de la importancia de la *audiencia del menor* conforme dispone el artículo 158, 2.º del Código Civil y el artículo 9 de la Ley Orgánica 8/2015 sobre Protección a la infancia y a la adolescencia y en general toda normativa relativa a los menores, que prevé con carácter obligatorio la audiencia del menor a partir de los 12 años, y *respecto de los menores de esa edad si tuvieran suficiente madurez*<sup>15</sup>.

Los menores que nos ocupan suelen tener entre 7 años (inicio de las clases de catequesis para hacer la Comunión) y de nueve o diez años (momento en que se hace la Primera Comunión). Edades que en realidad *no permiten valorar o saber con certeza que los menores tengan suficiente madurez* para responsabilizarlos de una decisión como es el bautismo o el ingreso en la Iglesia Católica, para la que

la propia Iglesia Católica viene exigiendo «tener una edad suficiente para pensar y decidir». Realmente la Iglesia sitúa la edad de inicio de la madurez en los 12 años, que se acerca más al momento a partir del cual se recibe el Sacramento de la Confirmación, que es la confirmación del Bautismo. Así se afirma la madurez necesaria para tomar algunas decisiones y desde luego para ser oído a los 12 años.

Como veremos más adelante, solo en Aragón, en su Compilación, artículo 65, 1.º c), hay una norma relativa a *que corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de sus hijos menores de 14 años*.

#### IV. LA EDUCACIÓN RELIGIOSA DEL MENOR

Otro problema conectado con la libertad religiosa es el de la *asistencia a las clases de religión de los menores en el centro escolar*, tema tratado jurisprudencialmente en varias resoluciones. Así la SAP de Madrid, de 4 de marzo de 2009<sup>16</sup> ya indicaba como hay que *analizar cada caso y circunstancia familiar*, pues al estar la menor bautizada de común acuerdo, esto configura un *plácet tácito* a un modo de pensar determinado. Y sobre todo tener en cuenta si lo que solicitan las partes y su forma de actuar no obedece a un comportamiento incongruente de uno de los progenitores u obedece a una intención de contrariar al otro progenitor<sup>17</sup>.

De acuerdo con tal línea, se acuerda por el juzgador que la menor continúe asistiendo a clase de religión en su centro escolar ya que el progenitor opositor no ha expuesto un proyecto de formación que sea radicalmente incompatible o excluyente con respecto a la mera asistencia de la menor a clases de religión en el colegio seleccionado, en ausencia de indicio alguno mínimamente suficiente para pensar que tal educación pueda anular el libre desarrollo integral de la menor y su capacidad de autodeterminación futura con respecto al hecho religioso<sup>18</sup>.

En esta SAP de Madrid, la madre ha sido quien de manera directa y personal y con anuencia del padre, no olvidemos que la custodia se pactó a favor de aquella en convenio regulador; se ha ocupado del cuidado de la menor; siendo legítimo que quiera hacerla participe de sus creencias, cursando religión en su centro escolar; lo que ningún peligro en principio entraña, para la educación, formación integral y desarrollo. La excusa de que la propia hija decida por sí misma al alcanzar la mayoría de edad o la madurez suficiente resulta inconsistente. La formación religiosa (del tipo que sea) puede ser una faceta más de la formación integral de la persona, siempre que no sea una imposición y se desarrolle en el respeto a la libertad ideológica de los demás (en la que se incluye no profesar ninguna creencia religiosa). Por ello, no existe inconveniente serio y fundado que impida autorizar la asistencia de la niña a clases de religión, sin que ello suponga en ningún caso una imposición.

La STEDH de 19 de febrero de 2013, Rupperecht contra España<sup>19</sup>, declaró inadmisibles las pretensiones del padre que solicitó que se le atribuyera el derecho a decidir sobre la educación religiosa de su hija. Se trataba de un supuesto en el que una menor había recibido el bautismo y participaba en la catequesis. El Juzgado de Primera Instancia de Denia y la AP de Alicante habían desestimado la pretensión del padre de decidir (la custodia de la menor la tenía la madre). El TS no aceptó la admisión de la demanda del padre, y el TC no admitió el recurso porque consideró que no tenía relevancia constitucional, por lo que el TEDH entendió que las decisiones dictadas por las jurisdicciones internas habían respondido de forma suficientemente motivada a las pretensiones del demandante.

En Aragón se planteó la cuestión relativa a si la disyuntiva entre asignatura de religión católica y ética entraría dentro de las funciones propias de la *auto-*

ridad familiar o se enmarcaría más bien en el contenido propio de la *guarda y custodia* concedida a la progenitora como *acto corriente o decisión diaria sin afectar a valores trascendentes*. El Auto de la AP de Zaragoza de 4 de noviembre de 2008<sup>20</sup> resolvió indicando que se trata de un *acto derivado de la autoridad familiar correspondiendo a ambos progenitores su decisión* conforme los artículos 62 y 68 de la Ley 13/2006 de Aragón.

El artículo 27, 3.º CE reconoce el derecho que asiste a los padres de decidir la formación religiosa y moral como derecho de los padres derivado del propio deber de educar y formar a sus hijos, el establecer las directrices en las que se ha de desenvolver el hijo para la adquisición de un conjunto de valores *afecta a la autoridad familiar* y en suma *debe ser consensuada por ambos progenitores*. Todo ello en consonancia con el artículo 62,1c) de la indicada Ley aragonesa que establece que corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de 14 años<sup>21</sup>.

La Ley aragonesa establece que debe resolverse atendiendo al interés más favorable del menor, en caso de discrepancia entre los progenitores habrá que analizarse ponderadamente y de manera cuidadosa caso por caso acudiendo a los usos sociales, familiares o al pacto habido entre las partes o incluso a las propias valoraciones que cada progenitor haga de la cuestión<sup>22</sup>.

## V. CUESTIONES EN TORNO A LA RECEPCIÓN DE LOS SACRAMENTOS: LA PRIMERA COMUNIÓN Y SUS GASTOS

Suele ocurrir que se otorgue por sentencia de divorcio la *guarda y custodia compartida a ambos progenitores así como la titularidad y el ejercicio de la patria potestad*, y que luego uno de ellos, quiere que el menor haga la primera comunión y no cuente con la autorización de su ex, por lo que decida presentar demanda interesando del órgano judicial se le atribuya a él la decisión sobre dicho tema. Pues no olvidemos que el artículo 154 del Código Civil establece como facultad insita en la patria potestad de los progenitores, como responsabilidad parental, y en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. procurarles una formación integral, donde desde luego se incluye la formación religiosa. Para lo cual los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.

El juzgador tiene en cuenta en todo momento que la celebración de la primera comunión es *un acto consecuente a la trayectoria católica de los padres y al bautismo del menor siendo tras el bautismo, el segundo acto importante en la vida de los niños católicos...*<sup>23</sup> Es un acto que en la religión católica solo se hace una vez en la vida. Tal y como está configurada la educación relativa a los sacramentos en la religión católica, las catequesis para hacer la comunión suelen comenzarse en 2.º de primaria, esto es a los 7 años y la comunión se realiza en la primavera del 4.º curso (mayo o junio) cuando el menor tiene 9 o 10 años. Es importante tener en cuenta la edad del menor. Además se realiza en compañía de otros niños de su misma edad. Rito que además va acompañado de una celebración familiar festiva a la que también pueden acudir amigos del niño quien, tradicionalmente, especialmente en el caso de las niñas, llevan un bonito vestido blanco (todo lo cual aumenta los gastos de la celebración).

En el Auto de la AP de les Illes Balears, de 10 de junio de 2016<sup>24</sup>, el juzgador concluyó tras el análisis de las pruebas que debe accederse a la petición de posibilitar la educación religiosa y la asistencia a las catequesis. Y ello porque debe



discernirse entre el *interés superior del menor*, y la *actuación de uno de los padres como oposición a lo querido por el otro*. En el caso que nos ocupa resulta que los progenitores están bautizados en la iglesia católica, han contraído matrimonio religioso con arreglo al rito católico y han bautizado al menor en dicha religión, religión que profesan ambos. Además la menor cuando ambos padres estaban aún juntos, cursaba en el colegio la asignatura de religión, en segundo de primaria la madre, sin contar con la autorización del padre, apuntó a la niña a la asignatura alternativa (ética) y en tercer curso tampoco fue matriculada en religión<sup>25</sup>.

En resumen el juzgador opina que la oposición de la madre a que la niña acuda a clase de religión, haga la comunión y vaya a la catequesis, basada solo en que la menor no quiere, *no debe atenderse* «en cuanto no encuentra acomodo en las circunstancias concurrentes». También entiende que la menor haga la comunión es un acto consecuente a la trayectoria católica de los padres y al bautismo de la niña, que tiene lugar a una edad determinada, y que es querida por un progenitor, que no genera daño ni perjuicio alguno a la hija, ni a la madre, quien se confesó católica y creyente, obligándose el padre a sufragar el coste económico de la misma, que precisa de una preparación y continuidad con la enseñanza de religión<sup>26</sup>.

Recientemente observamos otro caso parecido que se resolvió por Auto de la AP de Burgos de 9 de febrero de 2017<sup>27</sup>, pero muy interesante por dos cuestiones. La primera de ellas se centra en que los sacramentos que uno de los progenitores solicita son los *de bautismo, penitencia y comunión* frente a la oposición del otro. Esto significa que de mutuo acuerdo, cuando los progenitores convivían con la menor no se llevó a cabo el bautismo cuando era pequeña, como es tradicional en la religión católica en España. Lo que puede hacer pensar que los padres no son practicantes en la fe católica. Cuestión que *no es intrascendente* por cuanto no es lo mismo que la menor estuviera ya bautizada, esto es perteneciera ya a la Iglesia Católica por previa decisión común de sus padres, o por el contrario que la menor esté sin bautizar porque sus padres en el momento de su nacimiento decidieran de común acuerdo no bautizarla para que la menor tomara esta decisión cuando tuviera madurez para ello.

De manera que en este caso no se trata de autorizar que una menor que fue bautizada por sus padres reciba la comunión, sino de que una menor respecto de la que sus padres en su día decidieron no bautizar, sea bautizada y además reciba el Sacramento de la Penitencia y la Eucaristía.

Además el juzgador no considera oportuno, por razón de su edad, nueve años, oír la ya que supondría implicarla en la responsabilidad de un decisión que por razón de su edad no le corresponde.

Y la segunda cuestión se refiere a un hecho habitual *en el caso de que los progenitores no son practicantes*: y es que se inicia a los menores a ir a catequesis para hacer la comunión, como hecho habitual a la edad «que toca» como los demás amigos de clase, como si fuera una «extraescolar más», y a la hora de aproximarse la fecha de la comunión, cuando el párroco pide la partida de bautismo, el progenitor cae en la cuenta de que el menor no está bautizado, por lo que se le debe bautizar primero, para poder recibir los siguientes sacramentos de penitencia, confesión o reconciliación para poder hacer la primera comunión posteriormente. En tal caso al no habersele iniciado al menor en los ritos religiosos si uno de los padres se niega a que los realice porque así acordaron los padres cuando estaban juntos, no se puede alegar que no se sea consecuente con sus actos anteriores. Y, además, el juzgador indica que «difícilmente se puede admitir la existencia de discriminación de la menor por sus compañeros de co-

legio por el hecho de no tomar la Comunión, cuando asiste a un colegio público y, por tanto, con un ideario aconfesional»<sup>28</sup>.

Otra fuente de conflictividad entre los progenitores reside en los *gastos generados por cuestiones religiosas y sobre todo por la «fiesta de la primera comunión»*. Los *gastos de catequesis* —que suelen centrarse en la adquisición de un libro al año de poco valor—, como integrantes de la educación religiosa están integrados dentro de la pensión de alimentos fijada en el propio convenio<sup>29</sup>.

En cuanto a los *gastos de la primera comunión* hay que considerarlos como un gasto *extraordinario*<sup>30</sup>, pero calificado como *necesario* por lo que es exigible<sup>31</sup>. Aunque también se indica la necesidad de contar con la anuencia previa del otro progenitor<sup>32</sup>.

Como indicamos en la introducción de este pequeño análisis, la celebración de la primera comunión se ha utilizado como argumento para la *modificación de la guarda y custodia*, en un procedimiento de modificación de medidas y solicitar la variación del régimen de visitas acordado por convenio de mutuo acuerdo<sup>33</sup>.

También en esta situación de conflicto se ha esgrimido incluso por el progenitor la existencia de un *daño moral por no haber informado el Colegio al progenitor no custodio la fecha de la celebración de la primera comunión del menor*<sup>34</sup>.

En relación con la educación religiosa, pero sobre todo con la recepción de los sacramentos de los menores no debemos olvidar tampoco, la figura de los *abuelos*. Pues los abuelos tienen gran influencia en la educación religiosa de los nietos y son de gran ayuda en las labores de llevar a los menores a las catequesis... Pero aquellos *no podrán imponer su voluntad en ningún momento o deberán respetar la voluntad de los padres*. De manera que el párroco no podrá acceder a administrar sacramento alguno si la petición de los abuelos no va acompañada del consentimiento de los padres.

## VI. CONCLUSIONES

La educación religiosa y la obtención de los sacramentos religiosos deben ser coherentes con la trayectoria de los progenitores o la otorgada al menor desde su nacimiento. El tribunal no puede de oficio imponer prácticas y ritos religiosos. Esta afirmación busca la coherencia en la educación religiosa del menor que no debe verse «desvirtuada» por la ruptura matrimonial y los conflictos existentes entre los padres tras la separación, divorcio o nulidad matrimonial.

De este modo los jueces al analizar caso por caso las diversas situaciones que llegan a su conocimiento imponen la coherencia en la educación religiosa del menor, buscando siempre su interés superior. Esta es la línea jurisprudencial seguida que propicia la suficiente seguridad jurídica para hacer que la cuestión religiosa (educación u obtención de sacramentos) no se configure como un mecanismo que suponga la modificación de medidas, o la modificación de la guarda y custodia atribuida. Se propicia la continuidad iniciada por los padres siempre que el menor demuestre un interés en su formación religiosa... Los gastos de educación religiosa se encuentran comprendidos dentro de los gastos generales de educación. Los gastos referidos a la primera comunión deben ser aprobados por ambos cónyuges y se les califica como gastos extraordinarios.

Las cuestiones sobre la educación religiosa se consideran como parte del ejercicio de la patria potestad y no de las decisiones ordinarias propias de la custodia, que posibilite a uno de los progenitores un cambio radical en las

costumbres o adoctrinamiento de los menores. Por eso pensando en el interés del menor la jurisprudencia tiende a la continuidad en la educación que recibe el menor.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> I. de la, El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar, en *RCDI*. Estudios jurisprudenciales. Derecho civil, núm. 759, enero-febrero, 345-369.
- LACUEVA BERTOLACCI, R., Discrepancias en la educación y formación moral de los hijos tras un proceso contencioso, en *Diario La Ley*, núm. 7512, Sección Tribuna, 18 de noviembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-349, Editorial La Ley. (La Ley 14179/2010).
- LATHROP, F., Criterios judiciales sobre la guarda y custodia de los hijos, en *Custodia compartida de los hijos*, Editorial La Ley, Madrid, septiembre de 2008.
- NIETO GARCÍA, Á. J., La libertad religiosa de los hijos de los reclusos, en *Diario La Ley*, núm. 8262, Sección Tribuna, 3 de marzo de 2014, Año XXXV, Ref. D-69, Editorial La Ley. (La Ley 942/2014).
- QUESADA, M. H., Ejercicio de la patria potestad por el progenitor custodio, en *Diario La Ley*, núm. 9043, Sección Tribuna, 18 de septiembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer. (La Ley 11221/2017).
- ROMERO COLOMA, A. M.<sup>a</sup>, Patria potestad y libertad religiosa del menor de edad, en *Actualidad Administrativa*, núm. 4, Sección Actualidad, abril de 2016, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 2025/2016).

## VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TC, TS Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STEDH de 19 de febrero de 2013. Herbert Alfred Rupprecht c. España. Decisión (Demanda núm. 38471/10).
- STC Sala Segunda. Sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000. Recurso de amparo 4.233/1996. «BOE» núm. 156, de 30 de junio de 2000.
- STC Pleno. Sentencia 154/2002, de 18 de julio de 2002. Recurso de amparo avocado 3.468/97. «BOE» núm. 188, de 7 de agosto de 2002, páginas 51 a 63 (13 págs.)
- STC Pleno. Sentencia 46/2001, de 15 de febrero de 2001. Recurso de amparo 3083/96. «BOE» núm. 65, de 16 de marzo de 2001.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 750/2015 de 30 de diciembre de 2015, Rec. 415/2015.
- SAP de Asturias (Sección 5.<sup>a</sup>, Sentencia 302/2017 de 14 de septiembre de 2017, Rec. 331/2017.
- SAP de Málaga, Sección 7.<sup>a</sup>, Sentencia 44/2017 de 31 de julio de 2017, Rec. 46/2017. Ponente: Mariano SANTOS PEÑALVER. (La Ley 136962/2017).
- SAP de Granada, Sección 5.<sup>a</sup>, Sentencia 189/2017 de 12 de mayo de 2017, Rec. 499/2016.
- AAP de Burgos, Sección 2.<sup>a</sup>, Auto 38/2017 de 9 de febrero de 2017, Proc. 391/2016. Ponente: Arabela Carmen GARCÍA ESPINA. (La Ley 152252/2017).

- SAP de Barcelona, Sección 12.<sup>a</sup>, Sentencia 660/2016 de 22 de septiembre de 2016, Rec. 392/2016. Ponente: José Pascual ORTUÑO MUÑOZ. (La Ley 152751/2016).
- SAP de Granada, Sección 5.<sup>a</sup>, Sentencia 297/2016 de 16 de septiembre de 2016, Rec. 76/2016. Ponente: José Manuel GARCÍA SÁNCHEZ. (La Ley 174320/2016).
- AAP de Les Illes Balears, Sección 4.<sup>a</sup>, Auto 108/2016 de 10 de junio de 2016, Proc. 212/2016. Ponente: María Pilar FERNÁNDEZ ALONSO. (La Ley 238294/2016).
- SAP de Álava, Sección 1.<sup>a</sup>, Sentencia 181/2016 de 26 de mayo de 2016, Rec. 709/2015 Ponente: María Mercedes GUERRERO ROMEO. (La Ley 108796/2016).
- AAP de Les Illes Balears, Sección 4.<sup>a</sup>, Auto 108/2016 de 10 de junio de 2016, Proc. 212/2016.
- SAP de Zamora, Sentencia 63/2016 de 17 de marzo de 2016, Rec. 246/2015. Ponente: Pedro Jesús GARCÍA GARZÓN. (La Ley 40802/2016).
- SAP de Burgos, Sección 2.<sup>a</sup>, Sentencia 241/2014 de 4 de noviembre de 2014, Rec. 209/2014. Ponente: Juan Miguel CARRERAS MARAÑA. (La Ley 212532/2014).
- SAP de Murcia, Sección 4.<sup>a</sup>, Sentencia 780/2012 de 29 de noviembre de 2012, Rec. 876/2012.
- SAP de Les Illes Balears, (Sección 4.<sup>a</sup>, Sentencia 204/2011 de 7 de junio de 2011, Rec. 423/2010 Ponente: Miguel Álvaro ARTOLA FERNÁNDEZ. (La Ley 112242/2011).
- AAP de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, Auto 217/2011 de 28 de junio de 2011, Rec. 498/2011. Ponente: Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ. (La Ley 135165/2011).
- AAP de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, Auto 385/2010 de 19 de noviembre de 2010, Rec. 582/2010.
- AAP de Granada, Sección 5.<sup>a</sup>, Auto 138/2009 de 17 de septiembre de 2009, Rec. 205/2009.
- SAP de Madrid, Sección 24.<sup>a</sup>, Sentencia 254/2009 de 4 de marzo de 2009, Rec. 1/2009. Ponente: María del Rosario HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ. (La Ley 46196/2009).
- SAP de Pontevedra, Sección 6.<sup>a</sup>, Auto 252/2008 de 19 de diciembre de 2008, Rec. 4132/2007.
- AAP de Zaragoza Sección 2.<sup>a</sup>, Auto 601/2008 de 4 de noviembre de 2008, Rec. 469/2008. Ponente: Julián Carlos ARQUE BESCÓS. (La Ley 286123/2008).
- SAP de Lugo, Sección 1.<sup>a</sup>, Auto 523/2007 de 11 de julio de 2007, Rec. 485/2007.
- AAP de Guipúzcoa, Sección 3.<sup>a</sup>, Auto 122/2006 de 13 de noviembre de 2006, Rec. 3409/2006.
- SAP de Barcelona, Sección 12.<sup>a</sup>, Auto 184/2005 de 16 Nov. 2005, Rec. 483/2005.
- Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Moncada, Auto de 21 de junio de 2017, Proc. 1/2017. Ponente: Joaquim BOSCH GRAU. (La Ley 85673/2017).
- Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Arganda del Rey, Auto 94/2015 de 20 de abril de 2015, Rec. 189/2015.

## IX. LEGISLACION CITADA

- Constitución Española (art. 16, 39)

- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio
- Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), Ley 1/1996, de 15 de enero, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
- Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (art. 14)
- Ley 13/2005, que dio entrada al matrimonio entre personas del mismo sexo, se suprimen las referencias al padre y a la madre, y se sustituyen por el término progenitores o padres.
- Código Civil (arts. 154, 156, 159...)
- LO 7/80 de 5 de julio de libertad religiosa (art. 1)
- Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (art. 6)

## NOTAS

<sup>1</sup> ROMERO COLOMA, Aurelia María: Patria potestad y libertad religiosa del menor de edad, en *Actualidad Administrativa*, núm. 4, Sección Actualidad, abril de 2016, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 2025/2016).

<sup>2</sup> LATHROP, Fabiola: Criterios judiciales sobre la guarda y custodia de los hijos, en *Custodia compartida de los hijos*, Editorial La Ley, Madrid, septiembre de 2008.

<sup>3</sup> LACUEVA BERTOLACCI, Rodrigo: Discrepancias en la educación y formación moral de los hijos tras un proceso contencioso, en *Diario La Ley*, núm. 7512, Sección Tribuna, 18 de noviembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-349, Editorial La Ley (La Ley 14179/2010).

<sup>4</sup> SAP de Málaga, Sección 7.ª, sentencia 44/2017 de 31 de julio de 2017, Rec. 46/2017. Ponente: Mariano SANTOS PEÑALVER (La Ley 136962/2017). Sostiene el recurso que las relaciones entre los progenitores desde septiembre de 2014 hasta el día de hoy son nulas, solo a través de burofax o medios similares, con un alto nivel de conflictividad que incide directa y negativamente en el menor por recaer sobre aspectos fundamentales sobre su desarrollo, en especial en materia de educación. Y, destaca el conflicto judicializado entre ambos sobre la educación religiosa del menor y su asistencia a las clases de religión y a las de catequesis para preparar la comunión, que concluyó en el Auto de fecha 23 de febrero que desestimó la oposición del padre a la educación católica del hijo común.

Conflictividad que también puede apreciarse en el relato de los hechos de la STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 750/2015 de 30 de diciembre de 2015, Rec. 415/2015 «La demanda terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se resolviera otorgar a la madre la capacidad y legitimación de decisión respecto a la elección de centro escolar y modelo educativo para los menores, dentro de los parámetros expresados en este escrito, rechazando así mismo la pretensión del actor para atribuirle la facultad de decisión en este aspecto, así como en el referente al sacramento del bautismo, con todo lo demás que en derecho proceda».

<sup>5</sup> SAP de Burgos, Sección 2.ª, sentencia 241/2014 de 4 de noviembre de 2014, Rec. 209/2014. Ponente: Juan Miguel CARRERAS MARAÑA. (La Ley 212532/2014). Respecto a las actividades extraescolares y actividades de las menores. Se clarifica que el acuerdo al que se llegó en el procedimiento se refería a la catequesis en la que están ahora apuntadas las niñas para preparación de la Primera Comunión. Cualquier otra actividad de catequesis al ser una decisión propia del ejercicio de la patria potestad se adoptará en los términos del artículo 156 del Código Civil. Cuando finalice la actividad de catequesis, la madre deberá de abstenerse de que las menores realicen ningún tipo de actividad que entorpezca la relación y desarrollo de las visitas en días coincidentes en que deban estar en compañía del el padre.

<sup>6</sup> SAP de Granada, Sección 5.ª, sentencia 189/2017 de 12 de mayo de 2017, Rec. 499/2016. «y, en segundo lugar, el amparo del derecho del progenitor a relacionarse con su hija en

los términos convenidos en anterior convenio regulador, puede obtenerse por vía del *procedimiento de resolución de discrepancias de ambos progenitores en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores de edad, en los términos que contempla el artículo 156 del Código Civil, propiciando o bien la modificación del día de visita, o bien la parroquia en la que hubieran de proseguirse las sesiones de catequesis*».

<sup>7</sup> SAP de Álava, Sección 1.ª, sentencia 181/2016 de 26 de mayo de 2016, Rec. 709/2015 Ponente: María Mercedes GUERRERO ROMEO (La Ley 108796/2016).

«El progenitor muestra su conformidad con la atribución de la guarda y custodia de los menores a la madre. También con el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos, si bien, solicita que la Sala concrete que algunas decisiones inherentes a la misma debieron adoptarse de forma compartida por ambos progenitores, y ello, para evitar la judicialización de incidentes futuros. Se refiere a decisiones adoptadas por la madre de forma unilateral como el cambio de domicilio, cambio de colegio, cambio de catequesis del hijo Tomás, y matrícula de algunas extraescolares».

<sup>8</sup> SAP de Murcia, Sección 4.ª, sentencia 780/2012 de 29 de noviembre de 2012, Rec. 876/2012. «Lo que no es admisible es que cada padre decida unilateralmente las actividades continuadas y formativas de los menores (en este caso la madre decide que la menor haga la catequesis y el padre que el niño vaya a fútbol)... Resulta sorprendente que el tema de la catequesis de la niña haya causado un problema tan exacerbado, hasta el punto de cuestionar las relaciones padres-hijos.

*Es cierto que en el presente caso no ha habido ese necesario acuerdo previo entre padres para decidir esas actividades, pero existiendo el problema sobre la conveniencia de que la niña siga acudiendo a catequesis, esta Sala, ante la falta de acuerdo, considera que tal actividad es acorde con las convenciones sociales y religiosas de las partes (la niña está bautizada y ha venido eligiendo, incluso cuando los padres vivían juntos, la asignatura optativa de religión), por lo que el padre ha de actuar en consecuencia, permitiendo que la menor acuda a tales clases.*

<sup>9</sup> SAP de Granada, Sección 5.ª, sentencia 189/2017 de 12 de mayo de 2017, Rec. 499/2016. «...Visto lo anterior, habrá de decaer la pretensión sobre modificación del régimen de guarda y custodia, teniendo en cuenta que la única alteración circunstancial susceptible de consideración, según las alegaciones del actor en ambas instancias, se concreta en las discrepancias sobre la elección del día de asistencia a la catequesis de la hija menor, en coincidencia con el día de visita intersemanal del progenitor actor... y no excepcional, como a la conducta pretendidamente entorpecedora de su derecho de visitas».

<sup>10</sup> SAP de Zamora, sentencia 63/2016 de 17 de marzo de 2016, Rec. 246/2015. Ponente: Pedro Jesús GARCÍA GARZÓN. (La Ley 40802/2016). La representación del actor ejercita demanda de *modificación de las medidas* interesando la custodia compartida del hijo menor de los progenitores, dejando sin efecto el régimen de visitas y el importe de la pensión alimenticia que debe satisfacer el padre, fijando que el importe de los gastos extraordinarios se abonen por mitad entre los progenitores, pues se ha producido una modificación sustancial de las circunstancias, señalando la edad del menor, el hecho de que el actor tiene una hija con su actual pareja.

La progenitora se opone a la demanda alegando, en esencia, que no se han modificado sustancialmente las circunstancias; existe una mala relación entre los progenitores debido a un enfrentamiento entre la nueva pareja del actor y la progenitora...

La Sala indica que «...no ponemos en duda que en efecto el menor tenga arraigadas costumbres establecidas por su madre, pero mientras no sean modificadas esencialmente el cambio de régimen de custodia a compartida no va a afectar a la vida afectiva y emocional del menor; pues no se puede desconocer que durante el tiempo de custodia materna el padre ha tenido un régimen de visitas amplio, que ha cumplido sin ninguna queja del menor y de su madre, y el cambio al régimen de custodia compartida no tiene por qué significar que durante el tiempo de estancia con el padre, este vaya a cambiar radicalmente esas costumbres, como seguir acudiendo a los entrenamientos de fútbol y natación, los partidos de fútbol de fin de semana, acudir a la catequesis, pues no debe olvidar que todas esas actividades extraescolares han sido consentidas por el padre, acudiendo cuando sus horarios se lo permitían a dichas actividades».

<sup>11</sup> El Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Moncada, Auto de 21 de junio de 2017, Proc. 1/2017. Ponente: Joaquim BOSCH GRAU. (La Ley 85673/2017), concedió al padre la facultad de matricular a su hija en un colegio público ya que estimó su pretensión porque aunque «Las motivaciones de la madre al optar por un colegio religioso resultan legítimas, desde la perspectiva de que el horario del centro se adapta a su situación personal o la ubicación geográfica le resulta más favorable. Sin embargo, no fundamentó su petición en un derecho fundamental. En cambio, el padre sí que basa su solicitud en el derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia, así como en el derecho fundamental a que su hija reciba una formación moral que esté de acuerdo con sus convicciones».

<sup>12</sup> Sala Segunda. Sentencia 141/2000, de 29 de mayo de 2000. Recurso de amparo 4.233/1996. Promovido por don Pedro CARRASCO CARRASCO frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que, estimando parcialmente la apelación interpuesta por su esposa, redujo el régimen de visitas a los hijos del matrimonio que había fijado el Juzgado de Primera Instancia. Vulneración del derecho a la libertad de creencias: restricción de los derechos de visita de un padre, miembro del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, justificada únicamente por su pertenencia a un movimiento espiritual, sin prueba alguna sobre riesgos o perjuicios para sus hijos menores de edad. Publicado en: «BOE» núm. 156, de 30 de junio de 2000.

<sup>13</sup> Vulneración del derecho a la libertad religiosa: condena penal a unos Testigos de Jehová, padres de un menor que murió tras negarse a recibir transfusiones de sangre autorizadas por el Juzgado de guardia, por no haberle convencido para deponer su actitud ni haber autorizado dicha intervención médica.

<sup>14</sup> Promovido por la Iglesia de la Unificación y otros frente a las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que desestimaron su recurso contra la negativa del Ministerio de Justicia a su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas. Vulneración del derecho a la libertad religiosa: denegación de la inscripción en el Registro por meras sospechas sobre posibles comportamientos futuros de una entidad religiosa.

<sup>15</sup> IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> Isabel de la. El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar; en *RCDI*. Estudios jurisprudenciales. Derecho civil, núm. 759, enero-febrero, 345-369.

<sup>16</sup> SAP de Madrid, Sección 24.<sup>a</sup>, Sentencia 254/2009 de 4 de marzo de 2009, Rec. 1/2009. Ponente: María del Rosario HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (La Ley 46196/2009).

<sup>17</sup> «En relación con el detalle pormenorizado de contactos y estancias especiales de los hijos con el padre y, considerando que esta familia profesa la religión islámica, es preciso que se eliminen de los pronunciamientos del fallo aquellas referencias a prácticas religiosas católicas tales como los bautizos, comuniones y festividades litúrgicas que no se corresponden con las creencias de los mismos. El principio de libertad religiosa consagrado en el artículo 16.1 y 2 CE impide que, de oficio, como ocurre en la resolución que se impugna, sean impuestas a esta familia unas prácticas y ritos religiosos que son propios de unas creencias que no comparten. Por el contrario, el derecho fundamental a la libertad religiosa exige el máximo respeto de los poderes públicos a las distintas opciones ideológicas y a las diferentes creencias que conviven en la sociedad aconfesional que garantiza el marco constitucional vigente.

<sup>18</sup> La AP de Madrid confirma la sentencia apelada que modifica el convenio regulador aprobado por sentencia dictada en procedimiento de mutuo acuerdo de los litigantes autorizando a la menor a continuar asistiendo a clase de religión en su centro escolar.

<sup>19</sup> Herbert Alfred Rupprecht C. España Decisión (Demanda núm. 38471/10). [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428416765?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DDecisi%C3%B3n\\_RUPPRECHT\\_.\\_Espa%C3%B1a\\_.pdf&blobheadervalue2=Docs\\_TEDH](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428416765?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DDecisi%C3%B3n_RUPPRECHT_._Espa%C3%B1a_.pdf&blobheadervalue2=Docs_TEDH)

A este respecto, el TEDH considera que al ratificar la decisión adoptada por la madre, tanto el Juez de primera instancia como la Audiencia Provincial decidieron negativamente a la pretensión del demandante de encargarse él solo de las opciones relativas a la

libertad de religión de su hija. Este punto no puede disociarse de la solicitud del demandante que atañe al artículo 156 del Código Civil, a saber la cuestión relativa al desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad. Por tanto, es la opinión del TEDH que las decisiones dictadas por las jurisdicciones internas han respondido de forma suficientemente motivada a las pretensiones del demandante. A este respecto, el TEDH recuerda que la obligación para los Tribunales de motivar sus decisiones no se puede entender en el sentido de que se exige una respuesta detallada a cada argumento (García Ruiz c. España [GC], n.º 30544/96, CEDH-1999-I, § 26). Al no poder ser calificadas las decisiones de irrazonables o arbitrarias, el TEDH estima que esta queja está manifiestamente mal fundada tal como lo define el artículo 35 § 3 del Convenio y debe ser rechazada de acuerdo con el artículo 35 § 4 del Convenio.

<sup>20</sup> Auto de la AP de Zaragoza Sección 2.ª, Auto 601/2008 de 4 de noviembre de 2008, Rec. 469/2008. Ponente: Julián Carlos ARQUE BESCÓS (La Ley 286123/2008).

<sup>21</sup> AAP de Zaragoza, Sección 2.ª, Auto 601/2008 de 4 de noviembre de 2008, Rec. 469/2008. «...Efectivamente el artículo 62,1c) de la indicada Ley aragonesa establece que corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de 14 años. Al respecto se podría añadir que el derecho a la educación es un derecho fundamental que recoge la Constitución Española en su artículo 27, y que una de las manifestaciones, además de esta, son las cuestiones relativas a la educación moral y religiosa de los hijos. El artículo 27, apartado 3 reconoce el derecho que asiste a los padres de decidir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos, encomendándoles a los poderes públicos su garantía, dentro del marco del derecho a la libertad religiosa que reconoce igualmente la Constitución Española en su artículo 16. Es pues un derecho de los padres derivado del propio deber de educar y formar a sus hijos, el establecer las directrices en las que se ha de desenvolver el hijo para la adquisición de un conjunto de valores de conformidad con sus convicciones ideológicas o sus creencias religiosas o morales, especialmente en las primeras etapas educativas del menor, por lo que es una cuestión que afecta a la autoridad familiar y en suma debe ser consensuada por ambos progenitores...».

<sup>22</sup> En este caso ambos progenitores habían matriculado de común acuerdo y sin controversia alguna a la hija en la asignatura de religión católica en el colegio público donde cursaba sus estudios, no existe aparentemente motivo justificado para el cambio realizado por la progenitora custodia sin el consentimiento del otro progenitor, máxime cuando a mayor abundamiento basa su elección simplemente en que el colegio es público y puede la niña apuntarse en la parroquia a catequesis, parece más lógico que puesto que así lo habían decidido los padres constante matrimonio, continúe estudiando dicha asignatura, por lo que procede resolver la controversia en favor del progenitor no custodio.

<sup>23</sup> SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, Auto 108/2016 de 10 de junio de 2016, Proc. 212/2016 entiende que «La primera comunión es, tras el bautismo, el segundo acto importante en la vida de los niños católicos... Por todo ello, y teniendo en cuenta de que no se trata de que Dulce tenga necesidad o no de hacer la primera comunión, sino de que es un acto consecutivo a trayectoria católica de los padres y al bautismo de la niña, que tiene lugar a una edad determinada, y que es querida por un progenitor; que no genera daño ni perjuicio alguno a la hija, ni a la madre, quien se confesó católica y creyente, obligándose el padre a sufragar el coste económico de la misma, que precisa de una preparación y continuidad con la enseñanza de religión es por lo que como anticipamos, debemos estimar el recurso y la demanda.

<sup>24</sup> AP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, Auto 108/2016 de 10 de junio de 2016, Proc. 212/2016. Ponente: María Pilar Fernández Alonso (La Ley 238294/2016).

<sup>25</sup> La madre en su interrogatorio reconoció haber hecho la comunión, haberle enseñado su vestido de comunión y el álbum de fotos a la niña, así como acudir a la iglesia y rezar con su hija. Asimismo manifestó que la niña le había dicho que no quería hacer la comunión, ni estudiar religión y por eso ella se oponía. Que el actor jamás había ido durante el matrimonio ningún domingo a misa.

Por el contrario, especial relevancia presenta el testimonio de la psicóloga que venía tratando a la menor desde año abril 2015 haciendo terapia con ella quien indicó que se intentó llegar a una conciliación con los padres respecto al tema de la comunión al menos



en tres ocasiones, pero no fue posible; que Dulce tiene un importante conflicto de lealtades, sobre todo respecto al vínculo con su madre, tiene un estrecho vínculo afectivo y de dependencia emocional con la madre, no quiere dañarla para nada. Relató que, la niña le comentó que a ella le daba igual hacerla o no hacerla pero que por favor no le hicieran a ella decidir sobre el tema; que le hacía ilusión llevar el traje y que otras amiguitas la hacían como Pilar y estaba yendo a catequesis; que si sabe que su madre no quiere que haga la comunión ella no va a decir lo contrario, también destacó que Dulce miente mucho, mucho, pero lo hace para sobrevivir, que a cada padre le dice lo que quiere oír. Perfectamente le puede decir al padre una cosa y a la madre la otra.

<sup>26</sup> Se autoriza al padre para celebrar la primera comunión de su hija y a sufragarla, debiendo la madre, acompañar a la niña a catequesis cuando la tenga en su compañía los viernes desde las 17,30 a las 19 horas, o los días que determine el párroco, y si no puede o no quiere, deberá acompañarla el padre. Se atribuye al padre la facultad de elegir durante los dos próximos cursos escolares de Dulce, entre la asignatura de religión, ética o la alternativa que ofrezca el centro escolar.

<sup>27</sup> AP de Burgos, Sección 2.<sup>a</sup>, Auto 38/2017 de 9 de febrero de 2017, Proc. 391/2016. Ponente: Arabela Carmen GARCÍA ESPINA (La Ley 15225/2017).

<sup>28</sup> Los padres contrajeron matrimonio canónico pero decidieron cuando nació la menor de común acuerdo, no bautizarla y que fuera la menor la que decidiera la manera de ejercer su derecho a la libertad religiosa cuando alcanzase los 13 o 14 años. Los padres de común acuerdo llevaron a la menor a un Colegio Público en Burgos. Luego la madre en Palencia, continuó llevándola a un Colegio Público, donde está matriculada en la clase de Religión Católica, como optativa; decisión que fue tomada unilateralmente por la madre cuando trasladó su residencia y la de la menor, pero que no obstante no estar de acuerdo, no la impugnó judicialmente para no causar perjuicios a su hija una vez comenzado el curso lectivo. La madre unilateralmente, apuntó a la menor a la catequesis decisión respecto de la que el padre exteriorizó su oposición, tan pronto tuvo conocimiento, remitiendo escrito en tal sentido a la Diócesis de Palencia.

Teniendo en cuenta el inicial acuerdo de los progenitores para dejar que la menor decidiera como ejercer su libertad religiosa, sin decidir por ella su adscripción a una confesión religiosa; no resulta justificado apartarse de lo convenido por estos, pues difícilmente se puede admitir la existencia de discriminación de la menor por sus compañeros de Colegio por el hecho de no tomar la Comunión, cuando asiste a un Colegio Público y, por tanto, con un ideario aconfesional.

<sup>29</sup> SAP de Pontevedra, Sección 6.<sup>a</sup>, Auto 252/2008 de 19 de diciembre de 2008, Rec. 4132/2007. «...Lo mismo cabe decir respecto de los gastos de catequesis, que forman parte de la educación religiosa. Si los padres nada dijeron al respecto, si nada diferente acordaron, hay que entender que al fijar la pensión de alimentos en favor de los hijos se tienen o se han tenido en cuenta los gastos que corresponden a los conceptos que integran la noción legal de alimentos según el art.142 del Código Civil, donde, expresamente y con los relativos al sustento, habitación, vestido y asistencia médica, se comprenden los de educación e instrucción del hijo —alimentista mientras sea menor de edad, y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Ni sobreviene de forma inesperada ni excede de las previsiones propias de lo que la educación de los hijos exige...».

SAP de Guipúzcoa, Sección 3.<sup>a</sup>, Auto 122/2006 de 13 de noviembre de 2006, Rec. 3409/2006. «Se trata de un gasto abonado el día 27 de octubre de 2004, posterior en consecuencia a la fecha de aplicación de la sentencia de separación, y que posee un indudable vínculo en relación al apartado educativo referente a la formación religiosa del menor. La Sala considera que es un gasto quien incide directamente en la educación de los hijos y que puede residenciarse en la sentencia de separación dentro del apartado «(.) cualquier gasto derivado de la educación y enseñanza de los menores(.)».

En consecuencia ha de imputarse tal desembolso dentro del apartado de los gastos educativos. Realizado el mes de julio y dentro del recinto escolar las actividades de ocio y deportivas del curso que se realizan han de integrarse dentro del concepto de gastos de educación.

<sup>30</sup> AP de Barcelona, Sección 12.<sup>a</sup>, Auto 184/2005 de 16 Nov. 2005, Rec. 483/2005 «Atendiendo que los *gastos relativos a primera comunión no se presentan más que en una ocasión* y, por tanto, *aunque previsibles*, no es dable incluirlos dentro de los ordinarios ni, de suyo, dentro de lo que se originan como consecuencia de las actividades extraescolares, y atendiendo que, además, suelen comportar un importante dispendio económico que excede de los normales de una comida familiar, no pueden considerarse de otra manera más que como *gastos extraordinarios*, por lo que procede acceder, respecto a ello, a la solicitud de aclaración. Como lo procede en cuanto a la no imposición de costas en primera instancia ya que al estimarse parcialmente el recurso de apelación por entenderse determinados gastos incluidos dentro de los extraordinarios, procedía haberse resuelto así en primera instancia con la consecuencia de la no imposición de las costas causadas en la misma a la ejecutante.»

AP de Lugo, Sección 1.<sup>a</sup>, Auto 523/2007 de 11 de julio de 2007, Rec. 485/2007. «...No cabe duda que la celebración de una comida familiar con motivo de la primera comunión del hijo menor y tras la ceremonia religiosa debe considerarse como un *gasto extraordinario* no pudiendo asimilarse a los gastos ordinarios...».

<sup>31</sup> SAP de Granada, Sección 5.<sup>a</sup>, Auto 138/2009 de 17 de septiembre de 2009, Rec. 205/2009... en relación con los gastos de Primera Comunión de 2007. ...tanto los gastos de material escolar como los extraescolares reclamados, por indispensables, están comprendidos dentro de la obligación alimenticia, y por tanto no son exigibles como extraordinarios, en tanto que los gastos de gafas se consideran *exigibles por extraordinarios y necesarios* (Autos de esta Sala de 14 de diciembre de 2007 y 20 de junio de 2008) e igual exigibilidad debe predicarse respecto de los gastos de Primera Comunión (resoluciones de esta Sala de 21 de septiembre y 14 de diciembre de 2007) pues siendo un gasto que, abstractamente considerado, no tiene una notoria consideración de necesario, su carácter de tal con la consiguiente exigibilidad puede otorgarsele atendiendo a las circunstancias concurrentes, siendo así que el progenitor lo considera coherente con sus creencias sin que, por otra parte, la *suma que se reclama sea exagerada en relación al status familiar y social y al nivel cultural de la familia*, y de ahí su acogimiento, y sin que pueda hacerse ninguna minoración, como se alega, por no estar acreditada.

Se declaran como gastos extraordinarios correspondientes a vestido y complementos de la Primera Comunión de la hija menor de los litigantes. Son extraordinarios los gastos de acontecimientos religiosos insertos en el acervo religioso familiar la formación religiosa. La formación religiosa de la hija forma parte de su educación desde su escolarización, sin que el padre haya manifestado oposición o protesta alguna al respecto. No es necesaria la previa consulta con el progenitor no custodio, pudiendo adoptar la decisión el otro progenitor conforme al uso social y someter a posteriori al órgano judicial la corrección de la decisión. No se acredita que la cuantía del gasto exceda de lo que debe tenerse por habitual en acontecimientos de este tipo.

<sup>32</sup> AP de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, Auto 385/2010 de 19 de noviembre de 2010, Rec. 582/2010. La progenitora reclamaba el gasto de la compra del vestido de comunión. La juzgadora *a quo*, tras el inicial despacho de la ejecución en los términos así interesados, acaba, mediante Auto de 16 de noviembre de 2009 por acoger la oposición articulada por el demandado, argumentando que *los gastos de primera comunión no fueron autorizados por el progenitor...* «En lo que concierne a los gastos derivados de la primera comunión de la alimentista que, en principio, *sí podrían ser encuadrados en los gastos extraordinarios, a fin de la exigencia de su cobertura al 50% entre ambos litigantes, no consta que fueran puestos en conocimiento previo del demandado*, según afirma el mismo en el trámite de oposición y refrenda con la copia de la denuncia al efecto presentada, pues la demandante dejó transcurrir, en total inactividad procesal, el trámite de impugnación contemplado en el artículo 560 LEC, con la posibilidad de solicitar la celebración de vista, a fin de justificar, mediante la aportación de los oportunos medios de prueba, el conocimiento que de tal evento pudo tener el demandado, según se alega, sin contraste demostrativo alguno, en el escrito de formalización del recurso.»

<sup>33</sup> Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Arganda del Rey, Auto 94/2015 de 20 de abril de 2015, Rec. 189/2015. En este auto se establece por el juez la autorización de que el día de la celebración de la primera comunión de la menor *ambos progenitores puedan permanecer con ella*. Pues «no puede resolverse por el procedimiento judicial instado

cuestiones como la consideración o no del vestido de comunión como gasto extraordinario, o la forma de llevar a cabo el día de la celebración de la comunión de la menor, en el que no se discute si hace o no la comunión, o en un lugar u otro sino quién estará con la menor ese día, pretender regular ese día al margen del interés de la menor que será poder estar con la familia paterna y materna excede del ámbito judicial.

Es decir, la *cuestión controvertida no es si debe o no realizar la comunión de la hija menor, sino la pretensión de la parte de modificar el régimen de visitas acordado de mutuo acuerdo* y decretado en virtud de sentencia firme por este juzgado para el día concreto de la comunión, no se trata de un supuesto de regulación judicial del ejercicio de la patria potestad tal y como afirma la representación procesal de la parte actora o alguna de las medidas del artículo 158 del Código Civil, más bien, se trata de judicializar una falta de entendimiento de las partes que puede y debe solventarse con diálogo y siempre en beneficio de la menor.»

En el mismo sentido, la SAP de Les Illes Balears, (Sección 4.ª, sentencia 204/2011 de 7 de junio de 2011, Rec. 423/2010 Ponente: Miguel Alvaro ARTOLA FERNÁNDEZ. (La Ley 112242/2011) que atribuye al padre de guarda y custodia. «Si bien ambos están capacitados para cuidar y atender a las menores, cuenta el padre con un mayor apoyo familiar para el cuidado diario de las niñas, y una mayor capacidad económica y estabilidad laboral que la madre, lo que le permite, al trabajar en un negocio familiar, adecuar, o adecuar más fácilmente que la madre, sus horarios al horario de las menores. *A los efectos de conceder un cambio en el sistema fijado de guarda y custodia*, lo importante es analizar si las menores se hallan en condiciones adecuadas en la situación de guarda y custodia paterna, o si sería conveniente un cambio, lo que en este caso no se ha acreditado».

La AP de Asturias (Sección 5.ª, Sentencia 302/2017 de 14 de septiembre de 2017, Rec. 331/2017). Don Ñiño promueve la modificación del régimen de guarda y custodia interesando su sustitución por uno de custodia compartida. La demanda justifica la petición del cambio en que, de un lado, la progenitora guardadora ha sustituido el régimen principal de comunicación de absoluta flexibilidad por el subsidiario, reglado, y de otro, en que *ha adoptado sendas decisiones atinentes al ejercicio de la patria potestad (cambio de centro escolar de la menor y catequesis) sin consultarle ni contar con su consentimiento, anulando así su figura como padre de la menor, lo que le lleva a solicitar un cambio en la guarda y custodia de la menor como única vía para que el padre pueda formar parte de la toma de decisiones y del día a día de la menor*. Se desestima el recurso pues «para modificar una situación de guarda que funciona bien, quien solicita la *custodia compartida debe concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes, que integre los distintos criterios y las ventajas que va a tener para el hijo* (vivienda, toma de decisiones sobre educación, salud, cuidado, deberes referentes a la guarda, periodos de convivencia con cada uno, relaciones y comunicación con ellos y sus parientes y allegados, algunos de ellos más próximos al cuidado del menor que los propios progenitores). En el caso, ante la falta de datos y de valoración de la prueba sobre las ventajas que para la niña tendría el cambio de su situación actual, no puede considerarse criterio suficiente para adoptar la custodia compartida la buena relación entre el padre y la niña».

<sup>34</sup> En el suplico de la demanda se solicitan dos clases de pedimentos, por el primero se interesa se condene al Colegio demandado a pagar al actor la cantidad de 12.000 euros en concepto de daño moral por no haber sido informado el demandante del *cambio de fecha de la ceremonia de la primera comunión de su hijo, así como por no haber recibido la información relativa al proceso de aprendizaje de su hijo*.

Habiendo quedado acreditado, como así se recoge en la sentencia recurrida, que ha dado toda la información al demandante cuando este se lo ha pedido, además de esa información recibida por otros medios, como es el tablón de anuncios o por la página «web».

La Audiencia desestima la demanda absolviendo al Colegio de todos los pedimentos instados en su contra en el suplico de la demanda, imponiendo al actor las costas de primera instancia, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 394 LEC.

## 1.2. Familia

La responsabilidad de los bienes gananciales.  
El ejercicio del comercio por persona casada  
y la posición del cónyuge no comerciante (I) \*

*The responsibility of the joint property.  
The exercise of the trade for married person and  
the position of the spouse not businessman (I)*

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.

---

\* El presente estudio se divide en dos partes. La primera se publica en el presente número y la segunda parte en el siguiente número de la Revista. Asimismo, este estudio forma parte de los resultados del Grupo de Investigación Consolidado Contratación-Empresa (GR-UCM: 9314929), perteneciente al Campus de Excelencia Internacional UCM-UPM, del que formo parte como miembro investigador.

*KEY WORDS: Company of joint property. Professional and managerial activity. Businessman. Consumer. Assent. Bail or endorsement. Control of transparency. Mortgage lending.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL EJERCIO 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: 3.1. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN GENERAL Y ALCANCE. 3.2. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS DE DOBLE FINALIDAD. 3.3. 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.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La sociedad de gananciales se configura en el Código Civil como el régimen legal supletorio, que tiene lugar a falta de capitulaciones matrimoniales o cuando estas son ineficaces y siempre que no sea expresamente excluido por los cónyuges en cuyo caso regiría la separación de bienes.

El artículo 1344 del Código Civil señala que, se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse la sociedad de gananciales. La primera consecuencia de lo dispuesto en tal precepto es, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE que «se hacen comunes unos bienes que responden genéricamente a la idea de “ganancias o beneficios”»<sup>1</sup>. Estos bienes forman una masa patrimonial (patrimonio común) que pertenece a ambos cónyuges que, se diferencia de los patrimonios personales de cada cónyuge (patrimonios privados). Estas tres masas patrimoniales se pueden interrelacionar entre sí con los correspondientes desplazamientos patrimoniales y procurar su equilibrio mediante los mecanismos de la subrogación real y del sistema de reintegros y reembolsos. Ahora bien, con relación a la masa común, los cónyuges no tienen una cuota de la que puedan disponer libremente, sino que la participación por mitad opera globalmente respecto de la masa ganancial<sup>2</sup>. Por otra parte, con esta masa patrimonial común se hace frente a los gastos familiares y a otros determinados en el Código Civil y, asimismo, «queda sujeta a reglas especiales de responsabilidad, gestión, disposición, disolución y liquidación»<sup>3</sup>. A la finalización del régimen se procede a la división del patrimonio común por mitad entre los cónyuges tras la liquidación del régimen. La sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica, no es persona jurídica, sino una comunidad material de bienes cuya titularidad corresponde conjuntamente a ambos esposos<sup>4</sup>. Frente a quienes consideran que, la sociedad de gananciales responde a la sociedad uni-

versal de ganancias (art. 1655 del Código Civil), lo que supone aplicar a falta de norma específica las reglas del contrato de sociedad<sup>5</sup>. Para la doctrina mayoritaria y jurisprudencia consideran que se trata de una comunidad germánica o en mano común en la que está ausente la idea de cuotas o partes sobre los bienes concretos que lo integran<sup>6</sup>. Si bien, no faltan autores como RAGEL SÁNCHEZ para quien la sociedad de gananciales es «un ente jurídico híbrido producto de una fusión entre la comunidad y la sociedad, debido a la singularidad del doble destino que tiene, familiar y de reparto de beneficios y que la hace distinta de todas las demás comunidades: ordinaria o de tipo romano, de propietarios urbanos, hereditaria e incluso de las de tipo germánico o en mano común»<sup>7</sup>. La sociedad de gananciales comienza en el momento de la celebración del matrimonio o posteriormente en capitulaciones matrimoniales. También puede pactarse en capitulaciones antes que se celebre el matrimonio.

Como hemos indicado el régimen de gananciales se caracteriza por la existencia de tres masas patrimoniales: dos privativas correspondientes a cada uno de los cónyuges y una común que pertenece a ambos cónyuges. Entre los bienes privativos se destacan los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando estos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común (art. 1346.8 del Código Civil). Por su parte, son bienes gananciales «las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes o por ambos cónyuges» (art. 1347.5 del Código Civil)<sup>8</sup>. También lo serán las empresas y establecimientos mercantiles ya existentes de titularidad de un tercero, adquiridos como unidad económica por uno de los cónyuges o ambos con fondos gananciales (art. 1347.3 del Código Civil). En todo caso, la ganancialidad de las empresas y establecimientos mercantiles que, establece el artículo 1347.5 del Código Civil o, en su caso, las adquiridas a un tercero, solo opera respecto de las empresas individuales que, no tengan forma societaria con personalidad jurídica propia, pues, en relación a este último caso, la calificación del carácter ganancial o privativo se predica de las acciones o participaciones sociales de las que serán titulares ambos cónyuges o uno solo en función de los fondos utilizados para su adquisición (arts. 1346, 1347 y 1352 del Código Civil)<sup>9</sup>, por lo que la sociedad creada, como la propia empresa de la que la sociedad es propietaria no es ni ganancial ni privativa<sup>10</sup>. Si se trata de empresas fundadas antes del matrimonio por cualquiera de los cónyuges, tendrán carácter privativo. Si se adquieren a plazo, constante la sociedad de gananciales, la empresa será privativa si el primer desembolso es privativo y ganancial, si tiene tal naturaleza el primer desembolso (art. 1356 del Código Civil). Asimismo, si la empresa se adquiere constante matrimonio a título de herencia o de donación tendrá carácter privativo sobre la base de lo previsto en el artículo 1346.2 del Código Civil. Ahora bien, si en la formación de la empresa o establecimiento concurre capital privativo y capital común, se entenderá que la empresa o establecimiento corresponde *pro indiviso* a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas (art. 1354 del Código Civil, al que remite el artículo 1347.5 del Código Civil). Si la actividad empresarial o negocio profesional que se desarrolla en la empresa requiere de licencia administrativa, aunque esta corresponda a uno de los cónyuges, la empresa tendrá carácter ganancial, si en su creación han intervenido fondos comunes<sup>11</sup>. En fin, ante la posibilidad que uno de los cónyuges organice su profesión a través de una empresa o sociedad constituida a tal fin, la identificación como actividad empresarial o profesional depende de la mayor o menor dedicación de la persona a la actividad. Así, se

entiende que en la primera prima la organización, la unidad patrimonial, mientras que en la actividad profesional prima el aspecto personal, subjetivo, siendo accesorios los elementos o bienes que precisan para desplegar su actividad<sup>12</sup>.

En cuanto a las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, el Código Civil dedica los artículos 1362 a 1374. GARDEAZÁBAL DEL RÍO y SÁNCHEZ GONZÁLEZ entienden por cargas de la sociedad de gananciales «aquellos gastos de los que de manera definitiva responderá el patrimonio común». De forma que «como sociedad especial destinada al mantenimiento de los miembros de la familia, los bienes comunes deberán soportar determinados gastos llamados directamente a atender a esa finalidad. En cuanto a las obligaciones, al carecer la sociedad de personalidad jurídica, deudores serán exclusivamente los cónyuges o uno de ellos, según como se contrajo la deuda<sup>13</sup>. Asimismo, en esta sede, se distingue entre responsabilidad provisional o externa que, opera frente a terceros (acreedores) y determina la afectación inmediata de los bienes gananciales o las resultas de las obligaciones de los cónyuges; y la responsabilidad definitiva o interna que, determina el patrimonio que definitivamente va a afrontar esas deudas o gastos; por lo que su operatividad tiene lugar en las relaciones entre patrimonios conyugales y no frente a terceros<sup>14</sup>. Al respecto, el Código Civil pone a cargo de la sociedad de gananciales con carácter definitivo, entre otros, los gastos derivados de la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge (art. 1362.4); y con carácter provisional frente a terceros acreedores «las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, o en la administración ordinaria de los propios bienes», pero si uno de los cónyuges es comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio (art. 1365.2).

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el ejercicio del comercio por persona casada y, por ende, en la posición del cónyuge del comerciante y su condición de consumidor o no con la posible aplicación en el primer supuesto de los controles de transparencia y abusividad en la contratación de un préstamo con garantía hipotecaria con la finalidad de refinanciar deudas de naturaleza ganancial como se planteó en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2017<sup>15</sup>.

## II. EJERCICIO DEL COMERCIO POR EL CÓNYUGE CASADO. ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD

El artículo 1365.2 último párrafo del Código Civil remite a lo dispuesto en el Código de Comercio, esto, es a la regulación contenida en los artículos 6 a 12 del Código de Comercio<sup>16</sup>.

Esta remisión supone que, resultan aplicables al cónyuge comerciante las normas de responsabilidad directa o externa de los bienes gananciales frente a terceros, contenidas en tal normativa mercantil. Y solo para ese ámbito de remisión, pues, en todo lo demás se aplica el Código Civil, en concreto, si la deuda se califica de privativa, el acreedor podrá dirigirse subsidiariamente contra los bienes gananciales (art. 1373), e, igualmente, se aplica el sistema de responsabilidad definitiva de los artículos 1362 a 1364 a la hora de determinar el patrimonio que asumirá la deuda<sup>17</sup>.

En todo caso, estas normas del Código de Comercio que operan en la esfera comercial responden a los principios constitucionales que, imponen la igualdad de los cónyuges, por lo que cualquiera de ellos puede ejercer el comercio. Y,

asimismo, atendiendo a la propia agilidad y seguridad en las transacciones que, exige la actividad económica que representa el ejercicio del comercio, determina una mayor protección de los acreedores frente a la regulación general del Código Civil cualquiera que sea el régimen matrimonial pactado.

El artículo 6 del Código de Comercio establece que, quedan obligados a resultas del comercio los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos a las resultas del mismo; por lo que, tales bienes responden directamente frente al acreedor *ex comercio*<sup>18</sup>.

## 2.1. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MERCANTIL

Ha de tratarse de una deuda en el ejercicio del comercio; si bien, para su calificación de deuda comercial, además de una continuidad de actuación, se exige que, forme parte de la actividad mercantil del cónyuge deudor o que pertenezca al giro o tráfico de la empresa, como también las actuaciones extraordinarias llevadas a cabo por el cónyuge comerciante, optando por un concepto amplio de acto de comercio<sup>19</sup>. Por lo que, es indiferente que, tengan la condición de acto de comercio o no, de forma que, el concepto de deuda de comercio o contraída dentro del ámbito empresarial del cónyuge comerciante, es más amplio que el de acto de comercio (art. 2 del Código de Comercio)<sup>20</sup>.

Ahora bien, aunque se ha sostenido que cabe presumir que los actos que realiza el cónyuge comerciante son realizados en el ámbito de su actividad mercantil, con lo que las deudas que contrae también serán adquiridas en el ejercicio de dicha actividad<sup>21</sup>, lo cierto es que el Código de Comercio no contempla una presunción de mercantilidad en la actividad económica del comerciante, además de la inexistencia de una presunción de ganancialidad pasiva en el ámbito civil<sup>22</sup>, hace que no sea suficiente con que un cónyuge reúna la condición de comerciante para que sin más todas las deudas se deriven del ejercicio del comercio, por lo que le corresponde al acreedor probar que la deuda tiene su origen en el ejercicio del comercio<sup>23</sup>, que como precisa RAGEL SÁNCHEZ habrá de hacerlo en procedimiento declarativo<sup>24</sup>.

## 2.2. CALIFICACIÓN DE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL O COMERCIAL

Con carácter general se puede afirmar que, en la mayoría de los casos todas las deudas contraídas unilateralmente por un cónyuge en el ejercicio del comercio con independencia que la empresa sea ganancial o privativa, son deudas gananciales que, por lo tanto permiten al tercero dirigirse contra los bienes propios del cónyuge que con él contrata (art. 1911 del Código Civil) y también contra los bienes gananciales provengan o no de los beneficios del comercio, esto es, sean o no consecuencia de la actividad comercial, o se incorporen a la sociedad de gananciales por otras actividades económicas del cónyuge comerciante o del otro cónyuge<sup>25</sup>.

Por lo que, serán privativas las deudas comerciales cuando el cónyuge comerciante desconozca o se oponga al ejercicio del comercio, en cuyo caso el cónyuge deudor comerciante responde solo con los bienes gananciales que, resultan del comercio, no con todos los bienes gananciales. En este contexto, no faltan autores que, señalan que, el ejercicio del comercio por un cónyuge es, en todo caso,



un supuesto del artículo 1373 del Código Civil<sup>26</sup>; o que el Código de Comercio contempla dos situaciones distintas, según que un cónyuge ejercite el comercio con consentimiento de su consorte o con su oposición expresa. En el primer caso, la deuda será ganancial y en el segundo caso, será privativa<sup>27</sup>.

Ahora bien, si ambos cónyuges prestan su consentimiento —si bien, el cónyuge comerciante lo presta en todo caso—, la deuda será ganancial y quedan también afectos los bienes privativos del cónyuge comerciante (art. 9 del Código de Comercio). Tal consentimiento puede constar en escritura pública e inscrito en el Registro Mercantil como prevé el artículo 11 del Código de Comercio, o lo que resulta más habitual en la práctica que, la deuda se contrae conjuntamente por ambos cónyuges a exigencias del acreedor con aplicación del artículo 1367 del Código Civil y la responsabilidad de los bienes gananciales y privativos de ambos cónyuges<sup>28</sup>. Igualmente, tendrá carácter ganancial la deuda comercial cuando el cónyuge del comerciante conoce el ejercicio del comercio y no se opone expresa y formalmente a tal ejercicio.

En todo caso, se pueden pactar ambos cónyuges un límite de responsabilidad, siempre que, no disminuya la garantía mínima que ofrece a los acreedores el artículo 6 del Código de Comercio, quedando el carácter dispositivo de las normas limitado a lo dispuesto en los artículos 7 a 10 del citado Código de Comercio. Por otra parte, se puede subordinar la prestación del consentimiento a un acto comercial concreto<sup>29</sup>.

### 2.3. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA MERCANTIL

El comerciante al que se refiere el artículo 6 del Código de Comercio es una persona física casada que, tiene la cualidad de empresario. Los socios o administradores de una sociedad se consideran trabajadores por cuenta ajena, personal que ejerce su profesión según los casos. Precisa, además, RAGEL SÁNCHEZ que al excepcionar el Código de Comercio en mayor medida la responsabilidad patrimonial del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil, no debería extenderse la norma mercantil a supuestos que no encajan en el perfil subjetivo de las normas<sup>30</sup>. No obstante, algún autor ha considerado en la condición de comerciante al administrador mercantil<sup>31</sup>.

### 2.4. CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE NO COMERCIANTE

La prestación del consentimiento del cónyuge no comerciante para que pueda quedar obligados todos los bienes gananciales a las resultas del comercio por el otro se rige por normas específicas (art. 6 del Código de Comercio). El consentimiento puede ser expreso, lo que no suele ser frecuente en la práctica. A falta de consentimiento expreso, se presume prestado cuando al contraer matrimonio se halla uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continúa sin oposición del otro (art. 8 del Código de Comercio) y también cuando ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo (art. 7 del Código de Comercio). El consentimiento puede ser, pues, expreso o tácito o presunto —cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo—<sup>32</sup>. El consentimiento presunto no figura inscrito en el Registro Mercantil, pues, solo consta el consentimiento expreso (art. 11 del Código de Comercio). En todo caso, la prestación del consen-

timiento no se orienta a la aprobación del ejercicio de la actividad empresarial, sino a que todos los bienes comunes queden afectos por la actividad comercial<sup>33</sup>. Sobre tales bases, la garantía que ofrece el artículo 6 del Código de Comercio al acreedor es superior que, la que ofrece el artículo 1367 del Código Civil pues, mientras este exige para que la deuda individual sea ganancial el consentimiento expreso, sin embargo, la normativa mercantil es suficiente con la existencia de un consentimiento presunto o tácito, esto es, sin oposición expresa del otro cónyuge al ejercicio del comercio. De forma que, si existe oposición no tiene lugar la responsabilidad de todos los bienes gananciales, pues, en tal caso se considera que no existe consentimiento de ambos cónyuges. Por el contrario, cuando uno de los cónyuges ejerce el comercio con conocimiento y sin oposición del otro, quedan los bienes gananciales sujetos a las obligaciones derivadas de tal ejercicio (arts. 6 y 7 del Código de Comercio), a excepción de las deudas contraídas en fraude o perjuicio de los derechos del otro cónyuge<sup>34</sup>.

Ahora bien, para que exista oposición resulta necesario un conocimiento de la actividad mercantil del otro cónyuge. Si bien, conviene aclarar que, una cosa es la falta de conocimiento de la marcha del negocio y otra la propia falta de conocimiento del ejercicio del comercio por el cónyuge. En todo caso, corresponde al cónyuge no comerciante acreditar su falta de conocimiento no culpable de la actividad mercantil del otro. Por lo que, mientras no se pruebe lo contrario, el ejercicio del comercio con conocimiento de cónyuge del comerciante determina la responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas contraídas por uno de los cónyuges sobre la base de tal ejercicio<sup>35</sup>. De todas formas, se presume *uris tantum* conocimiento los cónyuges viven juntos cuando se inicia el ejercicio del comercio y, por ende, este se ejerce notoriamente<sup>36</sup>, sin perjuicio del deber recíproco de información que incumbe a ambos cónyuges (art. 1383 del Código Civil). Si bien, como precisan RAMS ALBESA y MORENO MARTÍNEZ al ser el conocimiento un requisito subjetivo del otro cónyuges «cabe la prueba de su desconocimiento incluso aunque el comerciante ejerza notoriamente el comercio y tenga un establecimiento mercantil abierto al público, por ejemplo, en caso de separación de hecho, o porque la sede del negocio se ubique en una población distinta a la de la residencia habitual»<sup>37</sup>.

La oposición debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, para lo cual a su vez se requiere la inscripción del cónyuge comerciante como empresario individual (arts. 11 y 22 del Código de Comercio y art. 87.6 RRM). La inscripción puede ser instada por el propio cónyuge del comerciante para que pueda acceder al Registro su oposición, lo que en la práctica no opera. Excepcionalmente, se puede notificar dicha oposición al tercero que contrata con su cónyuge antes que tenga lugar tal contratación.

De todas formas, si hay oposición no significa que, las deudas contraídas por el cónyuge en el ejercicio del comercio sean sin más privativas, sino que continúan siendo gananciales, tanto si se trata de una empresa mercantil como privativa; si bien, la responsabilidad de los bienes comunes se limita a los adquiridos a resultas del ejercicio del comercio, esto es, lo que sean consecuencias de la actividad comercial. Para la doctrina mayoritaria se ha de proceder a una interpretación amplia por ser la más ajustada a la finalidad protectora del interés de tercero y entender que, la calificación de resultas del comercio se extiende a todos los bienes y derechos adquiridos con los beneficios de la actividad mercantil formen parte de la empresa —se reinviertan en ella— o estén fuera de la misma y a nombre del otro cónyuge<sup>38</sup>. Incluso si la empresa es ganancial se considera por algunos autores que, debe formar parte de tal concepto<sup>39</sup>. Aunque no falta quien opta por

entender que son exclusivamente los que se adquiere en la realización de actos de comercio<sup>40</sup>. En todo caso, la prueba de que un bien no ha sido adquirido con las resultas del comercio corresponde al cónyuge que sustenta tal argumento<sup>41</sup>. Por lo que, mientras no se pruebe lo contrario, en la práctica todo bien ganancial se considera que proviene de la resulta del comercio<sup>42</sup>.

Finalmente, la responsabilidad de los bienes propios del cónyuge del comerciante exige el consentimiento expreso en cada caso del mismo (art. 9 del Código de Comercio)<sup>43</sup>. El consentimiento puede ser general o especial para determinados negocios y/o determinados bienes propios. De todas formas, en la práctica el juego de las presunciones determina que, resulten comprometidos los bienes propios del cónyuge comerciante y todos los bienes gananciales.

## 2.5. LA REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO AL EJERCICIO DEL COMERCIO

Establece el artículo 10 del Código de Comercio que el cónyuge del comerciante puede revocar libremente el consentimiento expreso o presunto y añade el artículo 11 del citado cuerpo legal que, los actos de consentimiento, oposición y revocación habrán de constar, a efectos de terceros, en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil. En todo caso, la revocación no puede perjudicar los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a tal revocación.

Por lo que, cuando el cónyuge desconoce el ejercicio del comercio por su consorte, así como cuando se ha opuesto formalmente al ejercicio del comercio o ha revocado el consentimiento prestado, la deuda del comerciante será privativa.

Ahora bien, en el ámbito de las crisis matrimoniales, se precisa acertadamente que, si el cónyuge comerciante no hubiera revocado antes su consentimiento, cuando se admite la demanda de separación divorcio o nulidad queda revocado *ope legis* tal consentimiento en virtud del artículo 102.2 del Código Civil<sup>44</sup>.

Finalmente, en relación con la responsabilidad definitiva o pasivo definitivo, se ha de señalar que, las obligaciones contraídas en el ejercicio del comercio se cargan definitivamente sobre el patrimonio común cuando derivan de una «explotación regular de los negocios» (art. 1362.4 del Código Civil). Y, asimismo, si se quiere limitar la responsabilidad, los cónyuges pueden modificar el régimen de sociedad de gananciales en capitulaciones matrimoniales acordando el de separación de bienes, si bien tal modificación no puede perjudicar los derechos de los terceros acreedores.

## 2.6. EL EJERCICIO ORDINARIO DE LA PROFESIÓN, ARTE U OFICIO

El artículo 1365.2 del Código Civil regula el régimen de responsabilidad del patrimonio ganancial por la actividad económica de los cónyuges en dos supuestos: además de por el ejercicio del comercio por el cónyuge casado en los términos analizados, también por el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio. La referencia al «ejercicio ordinario» de la actividad profesional se entiende referidos a «todos aquellos gastos que sean exigidos para el desempeño de la actividad económica a que se dedica cualquiera de los cónyuges, tanto las necesarias para comenzar a ejercer la actividad, como las que sean exigidas para el desempeño diario (art. 1346.8 del Código Civil)<sup>45</sup>. Y por profesión, arte u oficio señala GUILARTE GUTIÉRREZ «han de considerarse en su acepción vulgar encontrando como límite, a estos efectos, el que se trate de una persona

comerciante»<sup>46</sup>. Por lo que en este supuesto los terceros acreedores podrán dirigirse contra los bienes gananciales cuando estemos ante el ejercicio ordinario de la actividad profesional. De tratarse de un ejercicio extraordinario, la deuda será privativa del cónyuge que la contrajo y no de la sociedad de gananciales (art. 1373 del Código Civil), salvo que ambos cónyuges la consientan (art. 1367 del Código Civil). Lo que diferencia esta actividad económica de la que deriva del ejercicio del comercio es que, en este último caso, se responde tanto por actos de comercio ordinarios como extraordinarios. Para REBOLLEDO VARELA «lo que el artículo 1365.2 del Código Civil protege en relación con el tercero es la apariencia en el ejercicio ordinario y normal de la profesión, arte u oficio de un cónyuge en que para obligar a todos los bienes gananciales le basta la actuación unilateral de ese cónyuge»<sup>47</sup>.

En todo caso, los gastos ordinarios o necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio deben operar en proporción a la actividad que, se desarrolla y a lo que resulta ser lo normal y habitual en la misma como tal actividad profesional, esto es, lo que constituye «el desempeño corriente de una actividad económica»<sup>48</sup>. Por lo que no vale incluir en este supuesto cualquier gasto ordinario especialmente elevado.

De todas formas, en la relación interna entre los cónyuges todas las deudas contraídas por un cónyuge tanto en el ejercicio ordinario como extraordinario de su profesión, arte u oficio será de cargo definitivo de la sociedad de gananciales de acuerdo con el artículo 1362.4 del Código Civil y con derecho de reembolso, si fuera el caso, para el cónyuge que ha pagado tales deudas con sus bienes privativos (art. 1364 del Código Civil).

### III. CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

#### 3.1. CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN GENERAL Y ALCANCE

El artículo 1.1 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece que el propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

El artículo 2 de la referida Directiva dispone que «a efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) «cláusulas abusivas»: las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3; b) «consumidor»: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional; c) «profesional»: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.»

Asimismo, el artículo 2 del TRLGDCU establece que «esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios». Mientras que el artículo 3 del mismo cuerpo legal —reformado por la Ley 3/2014, de 7 de marzo— dispone que: «A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, 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».*

El TRLGDCU y otras leyes complementarias pretenden, asimismo, aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada. Se opta por ello por la utilización de los términos consumidor, usuario y empresario.

Así, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas».

El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa con un propósito ajeno a una actividad empresarial o profesional, esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Por su parte, el artículo 4 insiste en el mismo concepto. «A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión».

Ciertamente, el citado artículo 3 del TRLGCU matiza el concepto del artículo 1.2 de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que, consideraba que tenían la cualidad de consumidores quienes actuaban como destinatarios finales de los productos y servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional, por lo que se hacía descansar la noción de consumidor en el elemento positivo que el consumidor ha de ser el destinatario final del producto o servicio adquirido; y, tras la reforma por Ley 3/2014 mantiene que la actuación se desarrolle en el ámbito propio de la actividad profesional o empresarial o en un marco ajeno al mismo.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2017<sup>49</sup> el concepto del artículo 3 del TRLGCU procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del Texto de 2007. En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refundida por el citado TRLGCU, coinciden con la Directiva 85/577 sobre ventas fuera de establecimientos mercantiles, artículo 2, la Directiva 93/13 —cláusulas abusivas, artículo 2b—, la Directiva 97/7 sobre contratos a distancia —artículo 2.2.— y la Directiva 99/44 sobre ventas de consumo —artículo 1.2 a)— en que el consumidor es *«toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional»* con ligeras variantes de redacción entre ellas. En cuanto a las Directivas cuyas transposiciones se encuentran fuera del TRLGDCU, la idea se reitera invariablemente, al aludir todas *«a la persona física»* (ninguna Directiva de consumo, contempla las personas jurídicas en su ámbito) que actúe con un fin o propósito *«ajeno a su actividad comercial o profesional»* (Directiva 98/6 sobre indicación de precios, artículo 2 e); Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, artículo 2 d); Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, artículo 1.2 a), o *«a su actividad económica, negocio o profesión»* (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, artículo 2 e), o a *«su actividad económica, negocio, oficio o profesión»* (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, artículo 2 a), y Directiva 2008/122 sobre contratos de aprovechamiento por turno, artículo 2 f).

En otras normas internacionales o comunitarias que están o han estado en vigor en España, se adopta una noción similar. Así el Reglamento 44/2001, del Consejo de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2000 sobre competencia judicial en materia civil y mercantil, introdujo un foro de competencia especial en su artículo 15.1 para «*contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiera considerarse ajeno a su actividad profesional*». Concepto que reitera el artículo 17.1 del Reglamento (UE) número 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil que, ha sustituido al anterior. A su vez, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contempla también en su artículo 6 «*los contratos de consumo*» entendidos como los celebrados «*por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en el ejercicio de su actividad comercial o profesional*».

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de consumidor ha evolucionado desde una concepción restrictiva hasta una posición más reciente que tiende a ampliar el concepto de consumidor, o por lo menos a contextualizarlo de una manera más amplia. En la fase inicial, la jurisprudencia comunitaria interpretó el concepto de consumidor de forma limitada, así en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sala Primera, de 14 de marzo de 1991 (asunto Di Pinto contra Di Pinto)<sup>50</sup>, o de la Sala Quinta, 17 de marzo de 1998 (asunto C-45/96) caso Bayerische Gypotheken und Wechselbank AG y Edgar Dietzinger, relativo a un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para una finalidad empresarial ajena; en las que se distinguía según el destino final de los bienes o servicios fuera el consumo privado o su aplicación a actividades profesionales o comerciales<sup>51</sup>. Y, en la sentencia, de la Sala Sexta, de 3 de julio de 1997<sup>52</sup> (Caso Benicasa) se indicó expresamente que para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor «16. El concepto debe interpretarse de forma restrictiva y hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de este y no a la situación subjetiva de dicha persona. Como acertadamente señaló el Abogado General en el punto 38 de sus conclusiones, una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto de otras. 17. Por consiguiente, las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil solo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular que estas disposiciones pretenden no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior; dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional. 18. Por tanto, es conforme con la letra y el espíritu, así como con el objetivo de las disposiciones consideradas, afirmar que, el régimen particular de protección que estas introducen solo se refiere a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, actual o futura». Doctrina que se reitera, en la sentencia, de la Sala Segunda, de 20 de enero de 2005<sup>53</sup> asunto C-464/01, caso Gruber en la que, asimismo, se precisa que «40. Como ha señalado el Abogado General en los puntos 40 y 41 de sus conclusiones, cuando una persona celebra un contrato para usos relacionado con su actividad profesional, debe considerarse que aquella

se encuentra en igualdad de condiciones con su cocontratante, de manera que en este supuesto no se justifica la protección especial que el Convenio de Bruselas otorga a los consumidores». Si bien, en los últimos tiempos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha optado por una interpretación más flexible del concepto de consumidor, sobretodo, cuando se trata de aplicar la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Así, la sentencia, de la Sala Cuarta, de 3 de septiembre de 2015<sup>54</sup> asunto C-110/14 (caso Ovidiu Costea Horace) objetiva el concepto de consumidor al poner el foco de atención en el ámbito no profesional de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante. En esta resolución, el Tribunal de Justicia concluye que «una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse “consumidor” con arreglo al artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto, el hecho que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete». A su vez, a los contratos con pluralidad de adherentes se refiere el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 19 de noviembre de 2015<sup>55</sup> asunto C-74/15 (caso Tarcău) en el que se establece que la Directiva 93/13/CEE define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional, como mecanismo para garantizar el sistema de protección de la Directiva. Y, en concreto, en un contrato de fianza reconoce la condición legal de consumidor del fiador, si actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial, aunque la operación afianzada sí tenga tal carácter, siempre que entre el garante y el garantizado no existan vínculos funcionales (por ejemplo, una sociedad y su administrador). Doctrina que se reitera en el Auto de este mismo Tribunal, Sala Décima, de 14 de septiembre de 2016<sup>56</sup> asunto C-534/15 (caso Dumitras). En la misma línea, el Auto de la Sala Décima, de 27 de abril de 2017<sup>57</sup> asunto C-535/16 (Caso Michael Tibor Bachman) referido a la condición de consumidor en el supuesto de una sucesión contractual (novación subjetiva). En este caso, se planteaba la aplicación de la Directiva 93/13/CEE a una relación bancaria establecida inicialmente entre un banco y una sociedad mercantil (excluida del concepto de consumidor) cuando la posición contractual de esa sociedad la ocupó posteriormente una persona física. A esta se le reconoce por el Tribunal de Justicia la condición de consumidora al decir en su parte dispositiva: «el artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores debe interpretarse en el sentido que una persona que, a raíz de una novación, ha asumido contractualmente, frente a una entidad de crédito, la obligación de devolver créditos inicialmente concedidos a una sociedad mercantil para el ejercicio de su actividad, puede considerarse consumidor, en el sentido de esta disposición, cuando dicha persona física carece de vinculación manifiesta con esa sociedad y actuó de ese modo por sus lazos con la persona que controlaba la citada sociedad, así como quienes suscribieron contratos accesorios a los contratos de crédito iniciales (contratos de fianza, de garantía inmobiliario o de hipoteca)».

En todo caso, este mismo concepto de consumidor que utiliza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la

personalidad del contratante y esta diferencia de tratamiento según el adherente sea o no consumidor es la que ha adoptado la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus últimas resoluciones, así, las sentencias 149/2014, de 10 de marzo<sup>58</sup>; 166/2014, de 7 de abril<sup>59</sup>; y 688/2015, de 15 de diciembre<sup>60</sup> que, además, respecto de la caracterización del control de las condiciones generales de la contratación en contratos entre profesionales, afirmó que: «la exigencia de claridad, concreción, sencillez y comprensibilidad directa del artículo 7 b) LCGC no alcanza el nivel de exigencia que aplicamos al control de transparencia en caso de contratos con consumidores»; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero<sup>61</sup>; 224/2017, de 5 de abril<sup>62</sup>; 494/2017, de 13 de septiembre<sup>63</sup>; 515/2017, de 22 de septiembre<sup>64</sup>; 522/2017, de 27 de septiembre<sup>65</sup>; y 620/2017, de 20 de noviembre<sup>66</sup>.

La sentencia 246/2014, de 28 de mayo<sup>67</sup> fijó la siguiente doctrina jurisprudencial: «La compraventa de un despacho para el ejercicio de una actividad profesional de prestación de servicios queda excluida del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, debiéndose aplicar el régimen general del contrato por negociación». Y la sentencia 227/2015, de 30 de abril<sup>68</sup> estableció 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. (...) 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 lo hacen para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el artículo 1255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el artículo 8.1 LCGC».

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 16 de enero de 2017<sup>69</sup> se pregunta si es posible una actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional que se realice con ánimo de lucro. Señala al respecto que el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física y lo hace en los siguientes términos: «(...) partiendo del expuesto concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional y dado que en el contrato se prevé la posibilidad de reventa, cabe preguntarse si es posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional que, se realice con ánimo de lucro. La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE de 10 de abril de 2008 (asunto *Hamilton*), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE de 25 de octubre de 2005 (asunto *Schulte*), sobre un contrato de inversión». A lo que añade que «a su vez la reforma del mencionado artículo 3 del TRLGCU aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que solo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que, el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente



respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro. No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que al ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un periodo corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario conforme establece el artículo 1.1 del Código de Comercio»<sup>70</sup>.

En este contexto, en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2017 considera que, en lo que respecta a la esposa D.<sup>a</sup> Begoña que, también figura como prestataria, resuelve acertadamente la Audiencia Provincial al considerar que esta no era ajena a las deudas que se refinanciaron con el préstamo hipotecario, al tener una vinculación funcional con la actividad empresarial del marido para la que se solicitó el préstamo, y además debía responder de las deudas por la vía de los artículos 6 y 7 del Código de Comercio. Como se ha señalado, no resulta necesario el consentimiento expreso de la esposa, pues es suficiente el tácito «cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo». Además, se añade en esta sentencia que, en la jurisprudencia de esta Sala ya se ha establecido la vinculación de los bienes comunes a la deuda contraída por uno de los cónyuges mediante aval o fianza (como fue el caso), cuando tal negocio jurídico obedece al tráfico ordinario del comercio o actividad empresarial del que se nutre la economía familiar y a cuyo ejercicio se ha prestado el consentimiento expreso o tácito por el otro cónyuge que ni avala ni afianza<sup>71</sup>. En consecuencia, por las razones expuestas, debe confirmarse el criterio de la sentencia recurrida por el que se niega a D.<sup>a</sup> Begoña la condición de consumidora en el contrato de préstamo. De manera que, al no ser consumidor ninguno de los prestatarios no procede realizar los controles de transparencia y abusividad respecto de la cláusula controvertida. Se incide en negar la consideración de consumidora a la esposa atendiendo a la vinculación funcional con la operación empresarial en cuyo marco se solicita el préstamo. Se utiliza la terminología establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ciertamente, en este caso, no estamos ante un préstamo ajeno a la actividad empresarial o comercial del actor, sino ante una operación cuyo fin es obtener la financiación necesaria para atender las deudas contraídas por la sociedad y de las que responde el esposo en su condición de avalista, unificando los pagos en una sola operación adecuada a sus posibilidades económicas. Las deudas no son extrañas a la actividad empresarial de aquel, sino consecuencia de la misma en tanto que surgen con motivo del desenvolvimiento del tráfico mercantil de la sociedad de la que forma parte. Si bien, la esposa que, no tiene relación con la sociedad, sin embargo, no puede desligarse del fin de la operación, pues, tiene una vinculación funcional con tal actividad empresarial, al no ser ajena a las deudas que se refinancian, pues, debía responder de las mismas por la vía del artículo 6 y 7 del Código de Comercio.

Por último tampoco cabe considerar, como más o menos se plantea en el recurso de casación, que nos encontremos ante un contrato de consumo mixto o con doble finalidad, puesto que la Audiencia Provincial no considera que el dinero del préstamo tuviera una finalidad mixta, es decir, en parte se dedicara a

finés empresariales, y en parte a la satisfacción de necesidades personales, sino que afirma que se destinó exclusivamente a refinanciar deudas de naturaleza comercial.

Todos los posibles escenarios planteados en la sentencia van a ser objeto de desarrollo en los siguientes apartados, especialmente determinando que sucede si se considerarse a la esposa comerciante o no; y, en consecuencia, la aplicación de los controles de transparencia y abusividad respecto del contrato de préstamo en garantía hipotecaria y el alcance con relación a determinadas cláusulas —como suelo, intereses y otras relativas a gastos—.

### 3.2. LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS DE DOBLE FINALIDAD

Sobre esta noción de consumidor, el problema que se plantea en este caso es si cabe considerar como tal a quien destina el bien o servicio a fines mixtos, es decir, a satisfacer necesidades personales, pero también a actividades comerciales o profesionales. Ni el artículo 1 de la derogada Ley 26/1984 ni el actual artículo 3 del TRLGDCU contemplan específicamente este supuesto, por lo que la doctrina y la denominada jurisprudencia menor han considerado que son posibles varias soluciones: que el contratante siempre es consumidor —pues a veces usa el bien o servicio para fines personales—, que nunca lo es —ya que lo usa para fines profesionales—, o que lo será o no en atención al uso preponderante o principal.

La Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores que modificó las Directivas 93/13/CEE y 1999/44/CE, tampoco aborda expresamente este problema en su articulado. Pero en su Considerando 17 aclara que, 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. Ante la ausencia de una norma expresa en nuestro Derecho nacional, resulta adecuado seguir el criterio interpretativo establecido en ese Considerando de la Directiva, que además ha sido desarrollado por la jurisprudencia comunitaria. Así la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 20 de enero de 2005<sup>72</sup> (Caso Gruber contra Gruber —asunto C-464/01—) consideró que el contratante es consumidor, si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado; es decir, no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo («insignificante en el contexto global de la operación de que se trate» en palabras textuales de la sentencia). A su vez, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 3 de septiembre de 2015<sup>73</sup> (caso Ovidlu Costea Horace contra SC Volksbank Rumania S.A. —asunto C-110/14—) señala en su apartado 26 que «En efecto, un abogado que celebra, con una persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad profesional, un contrato que, por no estar referido, en particular, a la actividad de su bufete, no está vinculado al ejercicio de la abogacía, se encuentra con respecto a dicha persona, en la situación de inferioridad contemplada en el apartado 18 de la presente sentencia». Añade en el apartado 27 que «en tal caso, aunque se considera que un abogado dispone de un alto nivel de competencias técnicas (véase la sentencia Siba, C-537/13, EU:C:2015:14, apartado 23), ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil. En efecto, tal como se ha recordado en el apartado 18 de la

presente sentencia, la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a lo que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactada de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor»; asimismo, dispone en el apartado 28 «por lo que respecta al hecho de que el crédito nacido del contrato de que se trata esté garantizado mediante una hipoteca contratada por un abogado en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de dicho abogado, como un inmueble perteneciente al citado bufete, procede declarar que, según ha señalado en esencia el Abogado General en los puntos 52 a 54 de sus conclusiones, tal hecho carece de incidencia en la apreciación realizada en los apartados 22 y 23 de la presente sentencia»; y, en fin, en su apartado 29 dice que «En efecto, el litigio principal versa sobre la determinación de la condición de consumidor o de profesional de la persona que celebró el contrato principal, a saber, el contrato de crédito, y no sobre la condición de dicha persona en el marco del contrato accesorio, esto, es, de la hipoteca que garantiza el pago de la deuda nacida del contrato principal. En consecuencia, 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», por lo que establece que: «Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que, el artículo 2 b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido que, una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no está vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete». En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuerda que, conforme al Derecho de la Unión, es consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva 93/13/CEE, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional y que como tal consumidor, se encuentra en una situación de inferioridad respecto al profesional, idea que sustenta el sistema de protección establecido por la norma comunitaria. Y, al efecto de determinar la condición de consumidor del contratante, en el sentido de dicha Directiva, aclara el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, 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. Y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 19 de noviembre de 2015<sup>74</sup> (caso Dumitru Tarcău y Lleana Tarcău contra la Banca Comerciala Intesa Sanpaolo România S.A., y otros —Asunto C-74/15—) en su apartado 27 señala que: «A este respecto, procede recordar que, el concepto de «consumidor» en el sentido del artículo 2 b) de la Directiva 93/13 tiene carácter objetivo (véase la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 21). Debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión».

Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 22 de abril de 2015<sup>75</sup>, al igual que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2015, sostiene en la actualidad que, conforme el artículo 2 b) de la Directiva 93/13/CEE ha de entenderse por consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. Así razona la precitada sentencia del Tribunal Supremo que: «Conforme el artículo 2 b) de la Directiva ha de entenderse por consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. La Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, consideró consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas que, adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funcione, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden, excluyendo de tal consideración a 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. Y el vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que entró en vigor a los pocos días de suscribirse la póliza de préstamo, considera consumidores a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión y a 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. Por tanto que, el dinero prestado no fuera destinado a bien de primera necesidad es irrelevante para la conceptualización del prestatario como consumidor. Para que el contrato esté excluido del ámbito tuitivo de la normativa de protección de consumidores por razones subjetivas es necesario no solo que el adherente sea también profesional o empresario, sino que, siendo una persona física, conste que la celebración del contrato se realice en calidad de tal empresario o profesional por destinar el objeto del contrato a su actividad comercial, empresarial o profesional, valga la redundancia». En esta línea, recientemente, la ya citada sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2017<sup>76</sup> en relación con los contratos de doble finalidad, señala al respecto que: «en fin, para determinar si una persona puede ser considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y del TRLGCU, en aquellas circunstancias en las que existan indicios 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 el 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 particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba». Por lo que «sobre tales bases legales y jurisprudenciales, la sentencia recurrida considera probado que el destino profesional del préstamo no fue marginal o residual, sino que fue preponderante, ya que se utilizó primordialmente, entre otros fines, para reparar y acondicionar todo un

edificio para dedicarlos a negocio de alquiler inmobiliario. En consecuencia, de acuerdo con los criterios interpretativos dimanantes del Considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre y de las sentencias y auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes citado, al ser predominante la finalidad empresarial en el contrato litigioso, el prestatario no puede tener la cualidad legal de consumidor». Recordemos que, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2017 el préstamo se destina en exclusiva a refinanciar deudas de naturaleza comercial.

### 3.3. LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR DEL FIADOR/AVALISTA

Los actos de comercio pueden llegar a alcanzar a la fianza prestada por el cónyuge comerciante que, es lo habitual, o también puede ser prestada por el otro esposo o un tercero. Tradicionalmente, en el seno de las Audiencias Provinciales, se ha mantenido como criterio unánime que es necesario atender a la naturaleza y características del contrato principal celebrado entre las partes en relación con la actividad profesional o empresarial de las mismas; de manera que, si tiene por objeto o está relacionado con la actividad habitual de quien actúa como titular de la relación jurídica base del negocio, su carácter se extiende al resto de los posibles intervinientes, tanto en el caso de que nos hallemos ante un único negocio contractual como si se trata de una relación jurídica accesorio. De esta forma, en el caso de un préstamo o crédito destinado a financiar la adquisición de mercancías o el pago de servicios, o en general, el circulante de una empresa, la relación se enmarca en el seno de la actividad empresarial de la misma, aunque junto a la propia sociedad aparezcan como prestatarias terceras personas que, pueden ser administradores, socios o aún terceros ajenos, que no podrán invocar esa ajenedad para desvirtuar el carácter empresarial o profesional de la operación respecto de ellos, dado que una misma operación no puede ser empresarial o de consumo en función de los distintos partícipes. La relación contractual es una y la misma para todos ellos; su caracterización dependerá del contenido obligacional en relación con la actividad habitual del destinatario principal del bien o servicio. Este mismo razonamiento se aplicaba cuando no estábamos ante un contrato único, por ejemplo, un préstamo con varios prestatarios, sino ante dos contratos, uno accesorio de otro. Más concretamente, en el caso de contrato de fianza o aval, se consideraba que seguían a la operación principal, de forma que si el contrato base se celebraba entre empresarios o profesionales, la fianza o aval seguía igual suerte, aunque el fiador o avalista fuera ajeno a la actividad en el marco de la cual se celebró el negocio jurídico.

Esta situación expuesta ha variado tras el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 19 de noviembre de 2015 (caso Dumitru Tarcău y Lleana Tarcău contra la Banca Comercială Intesa Sanpaolo România S.A., y otros —Asunto C-74/15—), con ocasión de dar respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Oradea. El Tribunal de Justicia se plantea que, condición tiene el fiador o garante que firmó contratos de fianza o de garantía inmobiliaria, accesorios del contrato de crédito celebrado por una sociedad inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar obligaciones que una sociedad mercantil asumió contractualmente frente a esa entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando dicha persona física no tiene ninguna relación profesional con la citada sociedad. En otras palabras, si en tales casos el fiador o garante que firmó con-

tratos de fianza o de garantía inmobiliaria, accesorios del contrato de crédito celebrado por una sociedad mercantil para el desarrollo de su actividad, puede considerarse o no como «consumidor» a los efectos de determinar la aplicación de la Directiva. Tras recordar que la Directiva 93/13 define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional (véanse las sentencias *Asbeek Brusse*, y de *Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 30, así como *Siba*, C-537/13 EU:C:2015:14, apartado 21), como mecanismo para garantizar el sistema de protección establecido por la Directiva, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que dicha «protección es especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor. Tal contrato se basa, en efecto, en un compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero. Ese compromiso comporta para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar» (apartado 25 del Auto). A continuación, el Tribunal explica, con cita de la sentencia *Dietzinger*, C-45/96, EU:C:1998:111 (dictada en el contexto de la Directiva 85/577/CEE, del Consejo de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales) que, si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, lo cierto es que, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato distinto, ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal (apartado 26). Se trata de evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión (apartado 27). Por lo que corresponde al juez nacional en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, 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 (apartado 29). Dadas estas circunstancias, el Tribunal de Justicia declara que: «Los artículos 1 apartado 1 y 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores deben interpretarse en el sentido que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad» (de nuevo la exigencia de vinculación funcional).

En el mismo sentido se ha pronunciado de nuevo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Auto de la Sala Décima, de 14 de septiembre de 2016 en el asunto C-534/15 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 del TFUE por el *Judecătoria Satu Mare* (Juzgado de Primera Instancia de Satu Mare, Rumanía) mediante resolución de 30 de septiembre de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 12 de octubre de 2015 en el procedimiento entre *Pavel Dumitras-Miorara Dumitras* y *BRD Groupe Societ e Générale —Sucursala Judeteană Satu Mare—*. Como precisa el Tribunal de Justicia, «en el caso de autos, de los documentos que obran en los autos de

que dispone el Tribunal de Justicia resulta que, en el momento de la celebración de los tres contratos de préstamo entre los años 2005 a 2008 entre, por un lado, BRD Group Société Générale, como prestamista, y por otro, Lanca, como prestatario, el Sr. Dumitras que, actuó como avalista hipotecario de esos contratos, era el administrador y socio único de esta última sociedad mercantil. Por tanto, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde realizar al tribunal remitente, resulta que, en el momento de la celebración de esos contratos, el Sr. Dumitras actuó por razón de los vínculos funcionales que tenía con Lanca y no podría ser calificado así, a este respecto, de "consumidor" en el sentido del artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13. Además, de los documentos que obran en los autos resulta que el 30 de julio de 2009, por una parte, Lanca Constructii suscribió con BRD Group Société Générale tres contratos de crédito sobre la refinanciación y el reajuste de los tres contratos de préstamo firmados por Lanca en los años 2005 a 2008. Por otra parte, por novación, Lanca Constructii sustituyó a Lanca como deudora de las obligaciones contraídas por esta última frente BRD Group Société Générale. Como consecuencia de esta novación, Lanca quedó liberada de todas las obligaciones frente a BRD Group Société Générale en virtud de los préstamos inicialmente concedido. Asimismo, consta que ni el Sr. Dumitras ni la Sra. Dumitras tenían la condición de administradores de Lanca Constructii y que se comprometieron a garantizar como avalistas hipotecarios, la obligación de esta última a raíz de la novación. Tampoco se desprende de la resolución de remisión que los demandantes del litigio principal tuvieran una participación significativa en el capital social de la referida sociedad. Por ello, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde realizar al tribunal remitente resulta que, en el momento de la conclusión de los contratos de crédito y de garantía inmobiliaria de 30 de julio de 2009, el Sr. y la Sra. Dumitras no actuaron por razón de vínculos funcionales que tuviera con Lanca Constructii. Corresponde también al tribunal remitente determinar si el Sr. y la Sra. Dumitras como avalistas hipotecarios de dicha sociedad, actuaron con fines relacionados con su actividad profesional y de no haber actuado con tales fines, extraer de ello todas las consecuencias pertinentes para su eventual calificación de "consumidor" en el sentido del artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13. Así ocurriría, en particular, si el Sr. Dumitras al convertirse en avalista hipotecario, hubiera actuado por razón de vínculos funcionales con Lanca, lo que incumbe determinar al tribunal remitente». En virtud de lo expuesto, el Tribunal de Justicia declara: «Los artículos 1 apartado 1 y 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores deben interpretarse en el sentido que dicha Directiva puede aplicarse 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».

De conformidad con esta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el actual criterio mayoritario de los órganos jurisdiccionales españoles se inclina por aplicar, al amparo del artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial directamente la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia, acudiendo como presupuesto previo para la determinación del ordenamiento jurídico aplicable, a la indagación acerca de la condición de fiador o hipotecante de deuda ajena, en su relación con el objeto garantizado

o con su actividad profesional, pues, la condición de consumidor del garante no viene determinada por razón de la naturaleza de la obligación garantizada con fianza. Es por ello que, en la actualidad en el derecho español se entiende que la persona física que se constituye en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil no tendrá la condición de “consumidor” en el sentido del artículo 2 de la letra b) de la Directiva 93/13/CEE, cuando el órgano judicial competente aprecie que tal garantía está relacionada con sus actividades comerciales, empresariales o profesionales o se concede por razón de los vínculos funcionales —de nuevo el término— que mantiene con dicha sociedad, como ser socio, administrador o apoderado. En caso contrario, es decir, cuando el fiador actúa con fines de derecho privado, incluso aunque reúna la condición de pariente próximo de los administradores o socio de la mercantil, si se le reconoce la condición de “consumidor” y toda la protección derivada de la misma<sup>77</sup>. En el ámbito estrictamente hipotecario es de destacar la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, referida al ámbito de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios y la Orden EHA 2889/2011 de transparencia y protección de clientes de servicios bancarios, de hacer extensiva la protección que al consumidor prestatario dispensan tales normas (persona física que grava una vivienda de su propiedad), también el hipotecante no deudor persona física que grava una vivienda de su propiedad en garantía de una deuda ajena, aunque el deudor fuera una entidad mercantil y el préstamo fuera destinado a su actividad mercantil, comercial o profesional. Esta doctrina se encuentra recogida, entre otras, en las resoluciones de 29 de septiembre de 2014<sup>78</sup> y 28 de abril de 2015<sup>79</sup>. La primera señala que, la exigencia de documento manuscrito impuesta por el artículo 6 de la Ley 1/2013 para los casos que el mismo prevé (singularmente, cláusulas suelo, multivivencias o swaps en los préstamos hipotecarios con consumidores), es aplicable no solo al prestatario consumidor persona física, sino también al hipotecante no deudor persona física, porque si bien el precepto habla específicamente de “cliente-deudor” y no se refiere al hipotecante no deudor, ello no debe llevar a una interpretación literal de la norma, sino que sobre esta debe prevalecer una interpretación extensiva “pro-consumidor”, en coherencia con la finalidad legal de favorecer la información y por ende la protección, de los usuarios de servicios financieros «máxime si como ocurre en el supuesto enjuiciado tal hipotecante asume una responsabilidad personal solidaria que le separa de la responsabilidad estrictamente limitada al bien garantizado que debe presidir la figura del hipotecante no deudor conforme al artículo 140 de la LH». Por su parte, la segunda resolución citada concluye que la normativa española sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (Orden EHA 2889/2011) es aplicable en los siguientes casos: «a) préstamos y créditos hipotecarios sobre una vivienda, aunque esta no sea la habitual del hipotecante, siempre que pertenezca a una persona física, aunque esta no sea el prestatario, que puede ser una persona jurídica; y, b) préstamos y créditos hipotecarios en que el prestatario sea una persona física y que tenga por finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir (...)». Como consecuencia de todo lo expuesto y en esta línea, la resolución de 31 de octubre de 2017<sup>80</sup> señala que «si bien en los avalistas si concurre la existencia de vinculación funcional con el prestatario (administrador-socio único y empleado, respectivamente), intervienen dos personas físicas, los hipotecantes de deuda ajena de un local comercial de su vivienda habitual, que actúan con carácter de consumidores, ya que no resulta del documento notarial



presentado a inscripción ni que se dediquen al ejercicio profesional de la concesión de garantías ni que guarden vinculación funcional con la sociedad prestataria». Por lo que fijada la aplicabilidad de la normativa protectora de consumidores, queda por determinar el ámbito y alcance de la misma, o dicho de otro modo, si tal aplicabilidad solo se extiende al contenido concreto del contrato de garantía o fianza o alcanza también al propio contenido del contrato, principal, de préstamo o crédito garantizado. En este sentido, como regla general «se estima que si nos encontramos ante dos relaciones jurídicas distintas y autónomas y si la determinación de la aplicación de las normas uniformes sobre cláusulas abusivas debe apreciarse en atención a la calidad con la que los intervinientes actúan en el contrato de garantía (se encuentre este incorporado al contrato de préstamo o se pacte posteriormente), el control de abusividad o de contenido del mismo debe circunscribirse a sus concretas cláusulas, pero no extenderse a las cláusulas específicas del contrato principal del préstamo garantizado, a la que le será de aplicación la normativa que, corresponda en atención, igualmente, a la condición de sus partes contratantes. De la misma manera, si la persona que firma el contrato de garantía tiene la condición de profesional del ramo, ello no afectará a la condición, en su caso, de consumidor del prestatario del contrato principal, ni, por supuesto, excluirá el control de abusividad de sus cláusulas ni el resto de la normativa que le fuera aplicable». Por lo que considera que «serían abusivos o contrarios a normas imperativas, el pacto por el que el fiador se obligue a más que el deudor principal, el que exonere al acreedor negligente de consentir el beneficio de excusión del fiador en el supuesto de los artículos 1832 y 1833 del Código Civil o el de renuncia a la extinción de la fianza cuando por algún hecho del acreedor no pueda quedar subrogado en los derechos o hipotecas del mismo (art. 1852 del Código Civil). No lo serían «a sensu contrario» las cláusulas del contrato principal del crédito relativas a la limitación a la baja de los tipos de interés, a los límites de los intereses moratorios o a los gastos repercutibles al deudor principal, cuando este interviene dentro del ámbito de su actividad empresarial o profesional, salvo que fuera otro su ámbito de aplicación. Igualmente, será de aplicación al contrato de garantía o fianza, en el que concurra la condición de consumidor en el garante, toda la normativa relativa a la información precontractual, requisito de incorporación y transparencia material acerca de la concreta obligación que constituye su objeto, de sus condiciones económicas y de la transcendencia jurídica y económica de las obligaciones que el garante o fiador asumen en caso de incumplimiento del deudor principal». Por tanto, concluye que «en los contratos de fianza o garantía de un préstamo o crédito, las cláusulas que definen o delimitan el riesgo garantizado (las del préstamo) y el propio compromiso del fiador, forman parte del objeto mismo del contrato de garantía y en tal concepto, no son susceptibles de apreciación de su carácter abusivo, que no debe referirse ni a las cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación, pero si deben ser objeto del resto de los controles propios de la legislación sobre consumidores, en cuanto que el cumplimiento de los requisitos del proceso legal de contratación forma parte de la necesaria y adecuada comprensión por parte del garante-consumidor acerca de los riesgos que asume y de su cuantificación».

NOTAS

<sup>1</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2013). La sociedad de gananciales. En: C. Martínez de Aguirre y Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 4.ª ed., Madrid: Colex, 230.

<sup>2</sup> *Vid.*, la resolución de la DGRN, de 25 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004, 8154).

<sup>3</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2013). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 231.

<sup>4</sup> 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; 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.

<sup>5</sup> 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, pp.171-172.

<sup>6</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ C. (2013). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 233; MORALEJO IMBERNÓN N. (2009). Comentario al artículo 1344 del Código Civil, *op. cit.*, 1586; 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, 74 si bien precisa que esta configuración requiere algunas precisiones: «1. Se trata de una comunidad que surge en un régimen económico matrimonial, por lo que la condición de comunero o consocio es accesoria e inseparable de la condición de esposo, por eso es inalienable, incluso entre los propios esposos. Tampoco puede darse en otro tipo de uniones *more uxorio*, sino únicamente en el matrimonio; 2. Recae sobre un patrimonio separado, no sobre bienes singulares o la suma de todos ellos; 3. Aun siendo patrimonio separado, no alcanza plena autonomía o independencia como los patrimonios personales; 4. La comunidad de gananciales en cuanto trasunto de una comunidad familiar más amplia, recibe atribuciones y cargas que no podrán encontrarse en otro tipo de comunidad o de sociedad, lo que se traduce en su estructura, en la disociación entre atribución y titularidad, en la forma de gestión que, aunque conjunta, permite numerosas excepciones, aparte de la incidencia de las actuaciones separadas e independientes de los cónyuges, fuente de numerosas interrelaciones entre el patrimonio común y los patrimonios privativos, lo que hace que su situación sea realmente especial en relación con la configuración que se le atribuye» (77-78). *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo 1994 (*RJ* 1994, 1652); de 10 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997, 7892); de 10 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 38239; y, de 8 de febrero de 2007 (*RJ* 2007, 1488); y, las resoluciones de la DGRN, de 25 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004, 8154); de 30 de enero de 2006 (*RJ* 2006, 3910); y, de 17 de agosto de 2010 (*RJ* 2010, 5009).

<sup>7</sup> RAGEL SÁNCHEZ L.F. (2017). La sociedad de gananciales (1). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. IV-2, 2.ª ed., Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 728.

<sup>8</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5129) señala que, «los conceptos de “empresa”, “establecimiento” y “explotación” son polisémicos y su sentido debe identificarse de manera específica dentro del conjunto normativo en el que se utilizan, en atención a la finalidad perseguida por la norma y a la realidad social del tiempo en el que se aplica (art. 3 del Código Civil). Al igual que, sucede en otros preceptos, como el artículo 66 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, el artículo 1347.5 del Código Civil utiliza los términos empresa y establecimiento como equivalentes. No se trata por tanto del establecimiento o mero local o sede física donde se ejerce la actividad. Esta utilización indistinta de las expresiones “empresa”, “establecimiento” y “explotación” conforma que, para determinar su sentido en la calificación de bienes en la sociedad de gananciales debe estarse a un concepto amplio, comprensivo de toda organización y explotación económica con independencia del sometimiento del titular al estatuto jurídico de empresario. En consecuencia, también será empresa o establecimiento cuando se trate de una actividad profesional que coordine un conjunto de elementos, una pluralidad de

medios u otros servicios, incluidos los auxiliares o los de otros prestadores de servicio, para intermediar en el mercado de servicios». Y añade que «Desde esta perspectiva quedan fuera del artículo 1347.5 del Código Civil el mero ejercicio profesional y la prestación de servicios que, aun iniciados durante la vigencia de la sociedad, no se organicen de modo semejante al de los empresarios, porque si bien durante la vigencia de la sociedad sus rendimientos son comunes, por su propia naturaleza no pueden serlo los meros servicios intelectuales o materiales de un profesional que se prestan *intuitu personae*. En cambio, sí puede ser común el propio establecimiento, por carecer de carácter personalísimo y no ser inherente a la persona. La “empresa”, “establecimiento” y “explotación” sí son transmisibles, podrían hipotéticamente continuar la actividad como organización sin su titular actual y poseen un valor superior a la suma de sus integrantes, por la plusvalía que deriva de la propia organización. Ello es así aun cuando hayan sido las cualidades personales y profesionales del cónyuge que dirige y trabaja en la empresa, establecimiento o explotación, las que hayan permitido su desarrollo y consolidación, lo que sucede habitualmente, con independencia de que se trate de una actividad comercial, industrial o de prestación de servicios, materiales o profesionales, y se requiera o no una titulación determinada».

Por su parte, para GARDEAZÁBAL 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, 377 se define la empresa como «conjunto de bienes organizados con la finalidad de obtener una ganancia económica ilimitada y asumiendo los riesgos de la actividad, organización que adquiere ciertas posibilidades de actuación autónoma. En ella se integran elementos personales, materiales e inmateriales». Y añaden que «las nociones de establecimiento como soporte físico de la empresa o parte de ella, y de explotación, como sinónimo de empresa o como una de las partes que la componen, puede ser referidas a partes integrantes de la empresa».

<sup>9</sup> Así, tendrán carácter privativo las acciones participaciones que pertenezcan a uno de los cónyuges con anterioridad a la sociedad de gananciales (art. 1346.1) o que hayan sido adquiridas a costa de bienes privativos, incluido por tanto, el caso de empresa privativa que se constituye como sociedad durante la vigencia de la sociedad de gananciales (art. 1346.3); y, tendrán carácter ganancial las acciones o participaciones adquiridas a título oneroso a costa del caudal común, tanto si la adquisición se hace para la comunidad como si se hace para uno de los esposos (art. 1347.3), con independencia de quien adquiera la condición de socio. Asimismo, cuando resulte procedente, se deberá tener en cuenta lo establecido en el artículo 1352 para las nuevas acciones, títulos o participaciones sociales; y el artículo 1384 por lo que se refiere a los actos de administración y disposición.

<sup>10</sup> 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, 9539.

<sup>11</sup> SERRANO FERNÁNDEZ, M. (2016). Comentario al artículo 1347 del Código Civil, *op. cit.*, 929.

<sup>12</sup> REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1347 del Código Civil, *op. cit.*, 9542-9543; del mismo autor (2017). *Empresas, sociedades y actividades económicas en la liquidación de la sociedad de gananciales*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 19-141, que hace un tratamiento exhaustivo de la empresa en la sociedad de gananciales, en especial, en el periodo liquidatorio.

<sup>13</sup> GARDEAZÁBAL DEL RÍO F.J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 464-465. *Id.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 498); y, de 15 de diciembre de 2017 (*RJ* 2017, 5414).

<sup>14</sup> GUILARTE GUTIÉRREZ V. (1991). *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid: Lex Nova, 339 a 374; GARDEAZÁBAL DEL RÍO F.J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 465-466; RAGEL SÁNCHEZ L.F. (2017). La sociedad de gananciales (2). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia, directores*, 2.ª ed., Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 1050-1054.

<sup>15</sup> *RJ* 2017, 4763. Los hechos sobre los que se sustancia la sentencia son los siguientes: El 22 de abril de 2010 se celebró un contrato de préstamo con garantía hipotecaria entre

NCG Banco, S.A. y D. Alfonso y D.<sup>a</sup> Begoña, por importe de 246.000 euros, a devolver en 35 años, mediante 420 euros mensuales, comprensivas de amortización e intereses. La finalidad del préstamo era unificar en una sola operación las diversas deudas contraídas por el Sr. Alfonso en su actividad empresarial y acomodar las cuotas mensuales a las que tenía que hacer frente. En garantía del préstamo se hipotecaron dos pisos, con sus respectivos garajes y trasteros, en la ciudad de Pontevedra, de los que era propietario el Sr. Alfonso. En la cláusula tercera de la escritura de préstamo hipotecario se establecía que el préstamo devengaría un interés variable, a efectos de cuya determinación se dividía en periodos anuales de interés, fijándose un tipo del 5,15% nominal anual para el primer periodo, comprensivo del 1 de junio de 2010 al 1 de mayo de 2011. A su vez, en la cláusula tercera bis se estipulaba que, durante el segundo y sucesivos periodos, el tipo de interés aplicable se determinaría mediante la adición de 1,50 puntos al valor que representara el tipo básico de referencia que resultara aplicable a cada periodo de interés, tomando como tal el Euríbor o interés que le sustituyera. Pero en la letra e9 de la citada cláusula tercera bis se indicaba: «No obstante, la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al cuatro con noventa y cinco centésimas por ciento (4,95%), ni superior al quince por ciento (15%)». Los Sres. Alfonso y Begoña presentaron una demanda en la que ejercitaban una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación contra NCG Banco, S.A., en relación con la cláusula limitativa de la variabilidad del tipo de interés, y solicitaban la devolución del importe que resulte de la diferencia entre las cuotas ingresadas, resultantes del tipo de interés aplicado realmente por el banco y las cuotas que resultarían de aplicar el tipo de interés variable pactado sin la cláusula suelo desde el inicio de la vida del préstamo. Tras la oposición de la parte demandada, el Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Pontevedra dictó sentencia de fecha de 14 de mayo de 2014 en la que se desestimó la demanda, por las siguientes y resumidas razones: 1. La cláusula controvertida no es una condición general de la contratación, porque fue negociada y no impuesta, al pactarse en el marco de una refinanciación de deudas; y, 2. El Sr. Alfonso no tiene la condición legal de consumidor, en la medida que la finalidad reconocida del préstamo era unificar las deudas derivadas de la asunción, mediante los correspondientes avales, de las deudas de la sociedad del prestatario hipotecante. La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.<sup>a</sup>, de 13 de octubre de 2014 desestimó el recurso de apelación de los prestatarios. Consideró al respecto que, si bien la cláusula cuya nulidad se pretendía, sí era una condición general de la contratación, no podría hacerse un control de transparencia y abusividad de la misma, porque el prestatario carece de la cualidad legal de consumidor en el contrato de referencia, puesto que se trataba de refinanciar deudas que había contraído profesionalmente como fiador de una sociedad de responsabilidad limitada; mientras que su esposa, aunque no participaba directamente en el negocio en el que se había contraído las deudas, respondía legalmente de las mismas. Finalmente, desde el punto de vista del Código Civil, no apreció que la cláusula litigiosa fuera contraída a la buena fe contractual o causaba un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, ni consideró probado que el consentimiento se hubiera prestado viciado por error. El recurso de casación se formula al amparo del artículo 477.2.3.º de la LEC, en su modalidad de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se basa en dos motivos. En el primero, se denuncia la infracción de los artículos 2, 3 y 4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con los artículos 82.1 y 82.4 de la misma Ley y el artículo 1255 del Código Civil para justificar el interés casacional, cita la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. En el segundo motivo, se denuncia la infracción de los artículos 2, 5.1, 7.1, 8, 9.2 y 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en relación con los artículos 1256 a 1261 del Código Civil. Se cita como infringida la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y se hace mención a jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

<sup>16</sup> 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 Albasa y J. A. Moreno Martínez (coords.), *El régimen económico del matrimonio. Comentarios al Código Civil. Especial consideración de la doctrina jurisprudencial*, Madrid: Dykinson, 415-416, señalan al respecto que, la duplicidad normativa responde a resquicios

históricos más que a una verdadera necesidad actual. Asimismo, consideran cuestionable esta dispersión normativa y divergencia de criterios de afección ganancial y se atreven a propugnar de *lege ferenda* la supresión del régimen de responsabilidad de los bienes gananciales en el ejercicio del comercio por persona casada en la misma línea que el Derecho comparado. También critica determinar un particular trato de favor al cónyuge comerciante, SÁIZ GARCÍA, C. (2006). *Acreeedores de los cónyuges y régimen económico matrimonial de gananciales*, Navarra: Thomson Aranzadi, 59.

<sup>17</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *El régimen de gananciales*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 431; GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 484.

<sup>18</sup> BISBAL MÉNDEZ, J. (1982). Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio, *Revista Jurídica de Cataluña*, 107.

<sup>19</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *El régimen de gananciales*, *op. cit.*, 434; del mismo autor; RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (4). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, 2.ª ed., Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 1075 señala como deudas que forman parte de la actividad mercantil del cónyuge deudor o que pertenece al giro o tráfico de sus empresa: «las derivadas de compras a los proveedores; arrendamientos de locales de negocio o industrias; tributos que gravan la actividad empresarial, sueldos de trabajadores y dependientes»; y como actuaciones extraordinarias: «ampliaciones de negocio, adquisición del traspaso o de la propiedad de un local o de la industria, inversiones en mercaderías diferentes a las que hasta ese momento eran objeto del negocio»; REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *op. cit.*, 9668 indica, asimismo, como deudas contraídas en el ámbito de la actividad comercial del cónyuges: las derivadas de los arrendamientos de locales de negocio o industria, salarios de los trabajadores, impuestos, seguridad social, fianzas, etc. Asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1963); y, de 5 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6798).

<sup>20</sup> GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 486; 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, 291; 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, 205.

<sup>21</sup> SANCIÑERA ASURMENDI, C. (1996). *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Madrid: Dykinson, 126-127.

<sup>22</sup> *Vid.*, GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1991). *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, *op. cit.*, 433; BELLO JANEIRO, D. (1993). *La defensa frente a terceros de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Barcelona: Bosch, 463-464. No faltan quienes se muestran partidarios de tal presunción de ganancialidad pasiva, así, GONZÁLEZ LAGUNA, M., y MANZANO SOLANO, A. (1985). Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales, *Estudios en Homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 869; 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*, 596.

<sup>23</sup> REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *op. cit.*, 9668-9669; GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 469.

<sup>24</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (4), *op. cit.*, 1077.

<sup>25</sup> REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *op. cit.*, 9667; LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., (1983). La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981, *op. cit.*, 596.

<sup>26</sup> BISBAL MÉNDEZ, J. (1982). Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio, *op. cit.*, 110.

<sup>27</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *El régimen de gananciales*, *op. cit.*, 440; del mismo autor; RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (4), *op. cit.*, 1079.

<sup>28</sup> REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *op. cit.*, 9668.

<sup>29</sup> GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 486; RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *El régimen de gananciales*, *op. cit.*, 441; del mismo autor, RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (4), *op. cit.*, 1080.

<sup>30</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *El régimen de gananciales*, *op. cit.*, 439; del mismo autor, RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (4), *op. cit.*, 1078. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2001 (*RJ* 2001, 7134) considera como deuda incluida en el ejercicio del comercio el aval prestado por un cónyuge a una sociedad de la que es socio.

<sup>31</sup> REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *op. cit.*, 9667. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 1132) deudas procedentes de una sociedad mercantil de la que era administrador uno de los esposos.

<sup>32</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de octubre de 1990 (*RJ* 1990, 8031); de 25 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991, 7978); de 6 de junio de 1994 (*RJ* 1994, 4585); de 10 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1042); de 15 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 9237); de 16 de febrero de 2006 (*RJ* 2006, 641); y, de 3 de julio de 2007 (*RJ* 2007, 3792) —consentimiento tácito de la esposa—. Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 10 de julio de 2000 (*AC* 2000, 1754); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3.ª, de 29 de octubre de 2002 (*AC* 2002, 1854).

<sup>33</sup> 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, 974.

<sup>34</sup> Para REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *op. cit.*, 9670 en este supuesto «no se trata tanto que no respondan los bienes gananciales, sino que cabe el ejercicio de la acción rescisoria a que se refiere el artículo 1391 del Código Civil que dejaría sin efecto la obligación y con ella la responsabilidad». Sin embargo, para SAIZ GARCÍA, C., (2006). *Acreedores de los cónyuges y régimen económico matrimonial de gananciales*, *op. cit.*, 62 «el artículo 1391 del Código Civil que es el que se aduce en apoyo de esta tesis, viene principalmente referido a la esfera interna, reduciéndose toda posible repercusión en la esfera externa a la acción rescisoria con que se protegen los intereses del cónyuge deudor». De modo que, la autora «no ve que sea el precepto citado la vía idónea para reducir la garantía del patrimonio ganancial por cumplimiento de estas deudas».

<sup>35</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 2003 (*RJ* 2003, 5847); y, de 16 de febrero de 2006 (*RJ* 2006, 641); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.ª, de 19 de noviembre de 1999 (*AC* 1999, 2598).

<sup>36</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *El régimen de gananciales*, *op. cit.*, 445; del mismo autor, RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (4), *op. cit.*, 1085.

<sup>37</sup> 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, *op. cit.*, 413. En esta línea, SACIÑERA ASURMENDI, C. (1996). *Régimen económico matrimonial del comerciante*, *op. cit.*, 133. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2001 (*RJ* 2001, 2729).

<sup>38</sup> DE LOS MOZOS, J.L. (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, 368-369; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1989). El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régimen de sociedad de gananciales, *op. cit.*, 280; GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 487; RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). La sociedad de gananciales (2). En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, 2.ª ed., Navarra: Thomson Reuters, Aranzadi, 810.

<sup>39</sup> SACIÑERA ASURMENDI, C. (1996). *Régimen económico matrimonial del comerciante*, *op. cit.*, 145; GARCÍA VILLAVARDE, R. (1982). El ejercicio del comercio por persona casada, *Revista de Derecho Mercantil*, 1982, 508; GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 487. En cambio, para DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1989). El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régi-

men de sociedad de gananciales, *op. cit.*, 280-281 es dudoso que la explotación o empresa mercantil en sí considerada puede ser incluida en la categoría de resultas.

<sup>40</sup> 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, 695.

<sup>41</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991, 7978).

<sup>42</sup> GARCÍA VILLAVERDE, R. (1982). El ejercicio del comercio por persona casada, *op. cit.*, 509.

<sup>43</sup> REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *op. cit.*, 9668 precisa al respecto que «la responsabilidad derivada del artículo 9 del Código de Comercio ha de ser calificada de solidaria también entre los patrimonios privativos de los cónyuges, pues, se trata de una garantía añadida por la ley o por la propia voluntad del cónyuge no comerciante». Lo que resulta lógico al calificar la deuda que se contrae con el consentimiento del cónyuge de comerciante como ganancial.

<sup>44</sup> 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, *op. cit.*, 414.

<sup>45</sup> GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. (2015). La sociedad de gananciales, *op. cit.*, 483. Para RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *La sociedad de gananciales, op. cit.*, 465 son actos que periódicamente se deben afrontar para mantener la actividad: «las cuotas que derivan de la obligada pertenencia a colegios profesionales, mutualidades profesionales u organismos públicos de previsión, los impuestos que gravan el ejercicio de la actividad y sus rendimientos económicos, las rentas del local comercial o profesional utilizado, los suministros de agua, luz, gas, teléfono, fax, internet, la adquisición de material de oficina, las cuotas de comunidad del edificio del que forma parte el local y los salarios de empleados». Por su parte, para GUILARTE GUTIÉRREZ, V (1991). *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales, op. cit.*, 460-461 la idea de ejercicio ordinario ha de diversificarse en un doble aspecto. Respecto del primero «resulta ejercicio ordinario aquello que, en definitiva, se concreta pecuniariamente en algo que cuantitativamente puede ser asumido por el consorcio sin riesgo alguno para los elementos constitutivos de su patrimonio y muy especialmente de la vivienda familiar». Y respecto del segundo que denomina cualitativo opera en función de cada profesión, arte u oficio, de forma que, «habrá ciertos actos que cualitativamente no encajen en la idea de ejercicio ordinario de tal profesión».

*Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 7482); y, de 22 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995, 9432); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 5.ª, de 11 de junio de 2015 (*AC* 2016, 1024); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21.ª, de 25 de octubre de 2016 (*JUR* 2016, 276262).

<sup>46</sup> GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1991). *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales, op. cit.*, 461.

<sup>47</sup> REBOLLEDO VARELA, Á.L. (2013). Comentario al artículo 1365 del Código Civil, *op. cit.*, 9666.

<sup>48</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2017). *La sociedad de gananciales, op. cit.*, 466. En esta línea, RAMS ALBERSA, J., y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (2005). De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales. Comentario a los artículos 1365 a 1374 del Código Civil, *op. cit.*, 410 se refieren a que «se trate de un gasto normal, corriente y cotidiano».

<sup>49</sup> *RJ* 2017, 2669. Con anterioridad, se pronuncia en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 22).

<sup>50</sup> TJCE 1991/155. En relación con la primera cuestión prejudicial, la Cour d'Appel de París pregunta si el comerciante que recibe una visita a domicilio con el fin de celebrar un contrato de publicidad relativo a la venta de su fondo de comercio debe ser considerado un consumidor protegido por la Directiva 85/577/CEE se señala al respecto que «17. La Comisión, partidaria de la aplicación de la Directiva en tal supuesto, objeta que el comerciante, cuando recibe una visita a domicilio para la venta de su fondo de comercio, se encuentra en un estado de falta de preparación comparable al que caracteriza al simple consumidor: Por lo tanto, también debería disfrutar de la protección establecida por la Directiva. 18. Esta argumentación no puede acogerse. Lo más lógico, efectivamente, es creer que un co-

merciante, medianamente sagaz, conoce del valor de su fondo y el de cada uno de los actos que necesita su venta, de modo que si contrae un compromiso no puede ser de manera inconsiderada y únicamente bajo el efecto de la sorpresa. 19. Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que el comerciante que recibe una visita a domicilio con el fin de celebrar un contrato de publicidad relativo a la venta de su fondo de comercio no debe ser considerado como un consumidor protegido por la Directiva 85/577».

<sup>51</sup> TJCE 1998/52. Después de señalar que: «22. No obstante, el tenor literal de la Directiva 85/577/CEE, así como del carácter accesorio de la fianza se deriva que, únicamente puede estar comprensiva en el ámbito de aplicación de la Directiva una fianza accesoria a un contrato por el cual, con ocasión de una venta a domicilio, un consumidor se haya comprometido para obtener de este bienes o servicios. Además, dado que el único objetivo de la Directiva es proteger a los consumidores, esta solo puede aplicarse a un fiador, si este, con arreglo al primer guion del artículo 2, se ha comprometido con una finalidad que pueda considerarse ajena a su actividad profesional», el Tribunal declara que «el primer guion del artículo 2 de la Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985 referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales debe interpretarse en el sentido que un contrato de fianza celebrado por una persona física que no actúe en el marco de una actividad profesional está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva cuando garantiza el reembolso de una deuda contraída por otra persona que actúe en el marco de su actividad profesional».

<sup>52</sup> TJCE 1997/142.

<sup>53</sup> TJCE 2005/24.

<sup>54</sup> TJCE 2015/330.

<sup>55</sup> TJCE 2015/386.

<sup>56</sup> TJCE 2016/329. Señala al respecto que: «38. Sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde realizar al tribunal remitente, resulta que, en el momento de la conclusión de los contratos de crédito y de garantía inmobiliaria de 30 de junio de 2009, el Sr. y la Sra. Dumitras no actuaron por razón de vínculos funcionales que tuvieran con Lanca Constructii. Corresponde también al tribunal remitente determinar si el Sr. y la Sra. Dumitras, como avalistas hipotecarios de dicha sociedad, actuaron con fines relacionados con su actividad profesional y no haber actuado con tales fines, extraer de ello todas las consecuencias pertinentes para su eventual calificación de «consumidor», en el sentido del artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13. Así ocurriría, en particular, si el Sr. Dumitras al convertirse en avalista hipotecario, hubiera actuado por razón de sus vínculos funcionales con Lanca, lo que incumbe determinar al tribunal remitente. 40. Dadas las circunstancias, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas en los artículos 1 apartado 1 y 2 letra b) de la Directiva 93/13 debe 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».

<sup>57</sup> 2017/C 213/17.

<sup>58</sup> RJ 2014, 1467.

<sup>59</sup> RJ 2014, 2184.

<sup>60</sup> RJ 2016, 73.

<sup>61</sup> RJ 2017, 22.

<sup>62</sup> RJ 2017, 2669.

<sup>63</sup> RJ 2017, 4017.

<sup>64</sup> RJ 2017, 4865.

<sup>65</sup> RJ 2017, 4870.

<sup>66</sup> JUR 2017, 288350.

<sup>67</sup> RJ 2014, 3354.

<sup>68</sup> RJ 2015, 2019.

<sup>69</sup> RJ 2017, 22.



<sup>70</sup> *RJ* 2017, 22. En la misma línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4017); de 22 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4865); de 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4870); y 20 de noviembre de 2017 (*JUR* 2017, 288350).

<sup>71</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 2001 (*RJ* 2001, 7134); de 15 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 9237); y, de 12 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3218).

De considerarlo un acto del ejercicio del comercio, coincidimos con GUILARTE GUTIÉRREZ, C. (1991). *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, *op. cit.*, 519 que resulta necesario el consentimiento expreso del cónyuge no comerciante, incluso escrito, si el aval es mercantil. Lo cierto es que, en la práctica para evitar cualquier discusión al respecto, el acreedor exigirá que la fianza o el aval sea prestado por ambos cónyuges de forma conjunta sobre la base del artículo 1367 del Código Civil. En esta línea de entender la fianza como un acto de ejercicio ordinario del comercio, MONSERRAT VALERO, A. (2017). *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Navarra. Thomson Reuters Aranzadi,

Si bien, en relación con la fianza prestada por un cónyuge comerciante —que puede ser socio o administrador de la sociedad— en la doctrina y la jurisprudencia también existen otros fundamentos para responsabilizar los bienes gananciales. Así, se considera que la fianza es un acto de ejercicio ordinario de la profesión (art. 1365.2 del Código Civil), pronunciándose en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de junio de 1990 (*RJ* 1990, 4740); de 15 de marzo de 1991 (*RJ* 1991, 2261); de 28 de septiembre de 2001 (*RJ* 2001, 7134); y, de 15 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 9237). No obstante, resulta difícil que, la prestación de fianza forme parte de la profesión del cónyuge empresario, habida cuenta de la imposibilidad de una persona física de ser una entidad financiera; también se fundamenta la fianza en ser un acto de explotación regular de los negocios, en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de marzo de 1989 (*RJ* 1989, 2186); de 2 de julio de 1990 (*RJ* 1990, 5765); o en ser un acto de gestión de gananciales (art. 1365.1 del Código Civil), así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004, 6868); o, en fin, en ser prestada la fianza o el aval en interés o beneficio de la familia, así lo consideran RAMS ALBESA, J., y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (2005). De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales. Comentario a los artículos 1362 a 1374, *op. cit.*, 421 y, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de octubre de 1980 (*RJ* 1980, 3616); de 18 de noviembre de 1988 (*RJ* 1988, 8609); de 12 de mayo de 1989 (*RJ* 1989, 3764); de 16 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990, 8950); y, de 28 de septiembre de 2001 (*RJ* 2001, 7134); asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 4.<sup>a</sup>, de 24 de mayo de 2007 (*JUR* 2008, 9222).

<sup>72</sup> STJCE 2005, 24.

<sup>73</sup> TJCE 2015, 330. Tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 del TFUE por la Judecătoria Oradea (Rumanía), mediante resolución de 25 de febrero de 2014, recibida en el Tribunal de Justicia el 7 de marzo de 2014 en el procedimiento entre Ovidiu Costea Horace contra SC Volksbank Rumania S.A. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE.

<sup>74</sup> TJCE 2015/386. Tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 del TFUE por la Curtea de Apel Oradea (Tribunal de Apelación de Oradea, Rumanía) mediante resolución de 5 de febrero de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 18 de febrero de 2015, en el procedimiento Dumitru Tarcău y Lleana Tarcău contra la Banca Comerciala Intesa Sanpaolo România S.A y otros. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 1 apartado 1 y 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE.

<sup>75</sup> *RJ* 2015, 1360.

<sup>76</sup> *RJ* 2017, 2669.

<sup>77</sup> *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.<sup>a</sup>, de 6 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 105461) tiene por objeto determinar si, al constituirse en garante de la ejecución de las obligaciones de la mercantil «Lelut Ponteraeas S.L. —que había solicitado la apertura de la línea de crédito para el giro o tráfico mercantil—, D. Adriano actuó en el marco de su actividad profesional o con motivo de los vínculos profesionales que pudiera mantener

con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o si, por el contrario, actuó con fines de carácter privado. Pues bien, la prueba permite constatar: primero, que D. Adriano intervino como fiador del contrato de apertura de crédito celebrado entre NCG Banco S.A. de un lado y la entidad «Lelut Ponteraeas S.L.» de otro lado; segundo, que los socios de esta última sociedad era D.<sup>a</sup> Adelina y D. Argimiro; tercero, que D.<sup>a</sup> Adelina era además administradora única de la citada mercantil; cuarto, que D. Adriano no tenía participación en «Lelut Ponteraeas S.L.», ni consta que mantuviese relación laboral con la misma; quinto, que D. Adriano era funcionario; y sexto que, D.<sup>a</sup> Belén y D. Adriano eran los progenitores de D. Argimiro. Si el fiador D. Adriano trabajaba como funcionario, no figura relacionado o vinculado funcionalmente con la mercantil destinataria del crédito y es el padre de uno de los dos socios y suegro (o ex suegro, según parece) de la otra socia y administradora única de la empresa, por lo que cabe razonablemente pensar que la razón que motivó su intervención en el contrato de fianza no fue otra que la relación paterno-filial o familiar que le unía con los auténticos titulares de la sociedad, intervención que realizaba a título gratuito o de mera beneficencia, debió obedecer a la exigencia impuesta por la entidad financiera para reforzar el buen fin del contrato, es decir, sus legítimas expectativas de cobro del principal e intereses. En consecuencia, concluye el Auto de la Audiencia que, «D. Adriano actuó en el contrato de fianza como consumidor y no como empresario o profesional, con independencia de la catalogación que merezcan los intervinientes en el contrato principal». En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 8.<sup>a</sup>, de 18 de noviembre de 2016 (*JUR* 2016, 269261) estima que, cuando los fiadores actuaron al constituir la hipoteca sobre un bien de su propiedad, y otorgar la fianza lo hicieron con un propósito ajeno a su actividad profesional y en tal caso, a los mismos ha de estimarse que les es aplicable la legislación de consumo.

<sup>78</sup> *RJ* 2014, 5500.

<sup>79</sup> *RJ* 2015, 3300.

<sup>80</sup> *JUR* 2017, 287245.

### 1.3. Derechos reales

La concurrencia de un derecho o interés propios como condición necesaria de la legitimación de notarios y registradores para impugnar las resoluciones de la DGRN ante los tribunales civiles\*

*The existence of a right or interest of their own as a necessary condition for the acknowledgement of the legal standing of notaries and registrars to challenge the decisions of the DGRN before the civil courts*

por

ANTONIO MARTÍNEZ SANTOS

*Prof. Doctor de Derecho Procesal, Universidad Francisco de Vitoria*

**RESUMEN:** La Ley Hipotecaria española reconoce a los notarios y registradores legitimación para impugnar las resoluciones de la DGRN ante los tribunales civiles, siempre y cuando lo hagan en defensa de un derecho o interés del que ellos mismos sean titulares. Al mismo tiempo, excluye la legitimación de las corporaciones profesionales de notarios y registradores para entablar esta clase de procedimientos. En los últimos años se han producido numerosos pronunciamientos jurisprudenciales acerca de esta cuestión, motivados principalmente por la ambigüedad y la falta de claridad de la norma. El objeto de este trabajo es hacer una revisión crítica de la jurisprudencia recaída hasta la fecha sobre el particular, a la luz de los rasgos definitorios del sistema español de seguridad jurídica preventiva en el tráfico inmobiliario.

**ABSTRACT:** *The Spanish Mortgage Law grants standing to challenge the decisions of the DGRN before the civil courts to notaries and registrars, as long as they do so in defense of a right or interest of their own. At the same time, it excludes the standing of the professional corporations of notaries and registrars to engage in these proceedings. In recent years there have been numerous jurisprudential pronouncements on this issue, mainly motivated by the ambiguity and lack of clarity of the legal provisions on the matter. The purpose of this paper is to make a critical*

---

\* Este trabajo se enmarca en la Red temática de excelencia: «Justicia Civil: análisis y prospectiva» (ref. DER 2016-81752-REDT), Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (2017-2019)

*review of the existing case law on the subject, in light of the defining features of the Spanish system of preventive legal security in real estate transactions.*

**PALABRAS CLAVE:** Principio de legalidad. Control judicial. Legitimación.

**KEY WORDS:** *Principle of legality. Judicial review. Legal standing.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. EL LARGO CAMINO HACIA LA REGULACIÓN ACTUAL EN MATERIA DE LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN.—III. LA CONCURRENCIA DE UN DERECHO O INTERÉS PROPIOS COMO FUNDAMENTO DE LA LEGITIMACIÓN DE NOTARIOS Y REGISTRADORES PARA IMPUGNAR LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN: CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.—IV. BREVE DIGRESIÓN SOBRE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LAS CORPORACIONES DE NOTARIOS Y REGISTRADORES PARA IMPUGNAR LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN EN LA VÍA CIVIL.—V. VALORACIÓN CRÍTICA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El actual párrafo 4.º del artículo 328 de la Ley Hipotecaria española legitima directamente a notarios y registradores para impugnar ante los tribunales civiles las resoluciones dictadas por la DGRN al resolver recursos gubernativos contra calificaciones registrales negativas, a través de un procedimiento especial que se ha de tramitar por los cauces del juicio verbal (cf. los artículos 437 a 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Sin embargo, desde 2005 esta legitimación se subordina legalmente a la efectiva concurrencia de un «derecho o interés» del que el registrador o el notario demandantes sean «titulares».

En efecto, tras privar de legitimación para impugnar en la vía judicial las resoluciones de la DGRN al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, al Consejo General del Notariado y a los Colegios Notariales, el precepto citado dispone que «*el Notario autorizante del título o su sucesor en el protocolo, así como el Registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles cuya calificación negativa hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la Dirección General de los Registros y del Notariado, podrán recurrir la resolución de esta cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares*».

Por causa de la ambigüedad de esta norma, en la última década se han producido numerosos pronunciamientos jurisprudenciales acerca de los supuestos en los que notarios y registradores están efectivamente facultados para instar el control judicial de las resoluciones del Centro Directivo de forma autónoma, desvinculada (al menos en principio) de las vicisitudes de la registración del título que motivó la calificación negativa en un primer momento.

El objeto de este trabajo es precisamente hacer una revisión crítica de la jurisprudencia recaída hasta la fecha sobre el particular, a la luz de los rasgos definitorios del sistema español de seguridad jurídica preventiva. Se trata de un problema de no poca importancia, en la medida en que afecta tanto al principio de legalidad registral (pues las impugnaciones de las resoluciones de la DGRN

surgen a raíz del ejercicio de la función calificadora por parte de los registradores), como a la naturaleza misma de las funciones registral y notarial y a su encuadre orgánico dentro del ordenamiento jurídico español.

## II. EL LARGO CAMINO HACIA LA REGULACIÓN ACTUAL EN MATERIA DE LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN

Como es sabido, el recurso gubernativo fue durante décadas la vía única de impugnación de la calificación registral negativa. En los casi ciento cuarenta años que median entre 1864 y 2001, al margen de la posibilidad que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, tenían los interesados de «*contender entre sí*» judicialmente acerca de la validez o nulidad del título negativamente calificado, las decisiones de los registradores denegando o suspendiendo la práctica de asientos en los Registros solo podían ser objeto de recurso administrativo<sup>1</sup>.

Se trataba de un procedimiento de «doble alzada»: el recurso debía interponerse ante el Presidente o Regente de la Audiencia Territorial (a partir de 1989, Tribunal Superior de Justicia autonómico correspondiente); existiendo la posibilidad de acudir posteriormente a la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuya resolución daba por terminado el procedimiento y era ya irrecurrible.

El panorama cambió sustancialmente con la entrada en vigor de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Esta Ley añadió un Título entero a la Ley Hipotecaria (el Título Decimocuarto, arts. 322 a 329 LH); el cual, bajo la rúbrica «*Recursos contra la calificación*», contenía un novedoso sistema de control de las calificaciones registrales negativas, tanto en sede gubernativa como en sede judicial<sup>2</sup>.

En efecto, la reforma de 2001 no solo abrió en el ordenamiento español la posibilidad de impugnar judicialmente ante los tribunales civiles las resoluciones de la DGRN desestimatorias de recursos frente a la calificación negativa, sino que acometió también una profunda reforma del régimen del recurso gubernativo, adaptándolo a las previsiones de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992 (entonces vigente). Entre otras cosas, suprimió con carácter general la preceptiva alzada previa ante los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, modificó el régimen de plazos para asimilarlo al que entonces regía en el procedimiento administrativo común, y precisó el ámbito de los sujetos activamente legitimados para recurrir.

El Título XIV de la Ley Hipotecaria fue objeto de modificaciones y ajustes parciales a través de varias leyes posteriores. Más concretamente, a través de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre (que introdujo por vez primera una mención expresa de la legitimación del registrador para impugnar las resoluciones del Centro Directivo); la Ley 62/2003, de 30 de diciembre; la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Medidas de Reforma para el Impulso a la Productividad; y la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

De todas ellas, la reforma que reviste mayor entidad es la operada por la Ley 24/2005: si bien las opciones de política legislativa que tomó el Legislador de 2001 han quedado —en líneas generales— intactas a lo largo de los años, lo cierto es que en 2005 se produjeron ciertos cambios que revisten una importancia considerable, y que han venido a integrar el régimen definitivo en la

materia. Es el caso, por ejemplo, de la posibilidad de ejercitar directamente la acción de impugnación de la calificación registral negativa ante los tribunales ordinarios, sin necesidad de formular recurso gubernativo previo (art. 328.I LH); de la expresa exclusión de la legitimación de ciertas corporaciones profesionales (art. 328.IV, inciso primero); o de la restricción de los supuestos en los cuales los notarios y los registradores estarían facultados para impugnar las resoluciones de la DGRN.

En resumen: hasta 2001 solo existía en España la vía administrativa de revisión de la calificación negativa, que se concretaba en un primer recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente, y otro posterior ante la DGRN. En el año 2001, el Legislador añadió la posibilidad de instar la revisión judicial de la calificación registral una vez agotada la vía administrativa previa, a través de un proceso declarativo que se sustanciaría ante los tribunales del orden civil. Más tarde, en el año 2005, se eliminó la necesidad de recurrir gubernativamente para poder acceder a la vía judicial; convirtiéndose el recurso gubernativo en un trámite de carácter puramente facultativo.

Cabe afirmar entonces que, ante una calificación registral negativa (*i. e.*, una decisión del registrador denegando o suspendiendo la extensión del asiento solicitado al presentar un título en el Registro), existen actualmente dos vías directas de reacción a disposición de los interesados: una jurisdiccional y otra administrativa. Por su parte, la vía administrativa de revisión de la calificación registral no es única, sino doble: se prevén dos cauces gubernativos diferentes por los que se puede lograr la revocación de la decisión del registrador. Esos cauces son alternativos y no se pueden utilizar simultáneamente (aunque nada impide que se acuda a ellos de forma sucesiva). Se trata, por un lado, de la llamada «calificación sustitutoria» o calificación del registrador sustituto (cf. el art. 275 bis LH); y, por otro lado, del recurso ante la DGRN (cf. el art. 19 bis, párrafo tercero LH). Si se opta por interponer el recurso ante la DGRN, la resolución que recaiga en el expediente puede ser a su vez impugnada ante los tribunales civiles por cualquiera de los sujetos legitimados a tal efecto en el artículo 325 LH. Además, podrán impugnarla el notario autorizante del título o el registrador interviniente en el procedimiento de inscripción; pero solo si se cumplen los presupuestos del artículo 328.IV LH.

Los notarios y registradores pueden impugnar en la vía judicial, por tanto, las resoluciones dictadas por la DGRN al resolver recursos gubernativos contra calificaciones registrales negativas. Son impugnables tanto las resoluciones expresas (estimatorias o desestimatorias) como las presuntas (siempre desestimatorias); y ello por motivos tanto de fondo como de forma. La impugnación por motivos de fondo se basará, en la mayoría de los casos, en la infracción de las normas sustantivas aplicables para resolver el recurso gubernativo; mientras que la impugnación por motivos de forma habrá de fundarse, necesariamente, en la vulneración de las normas que rigen el procedimiento administrativo de recurso frente a la calificación negativa; y, muy particularmente, las que disciplinan el contenido de las resoluciones de la DGRN, la forma que han de revestir y el plazo para dictarlas.

En uno y otro caso, la interposición de la demanda dará lugar a la tramitación de un proceso declarativo especial, que se sustanciará por los cauces del juicio verbal y del que conocerán los tribunales del orden civil. Es evidente que, por lo menos en lo que a la impugnación por motivos de forma se refiere, la opción en favor de los tribunales civiles resulta problemática y discutible; sin

embargo, al no discriminar la Ley en función de la naturaleza de la infracción denunciada, parecería que el proceso especial del artículo 328 LH tiene que servir para enjuiciarlas todas<sup>3</sup>.

### III. LA CONCURRENCIA DE UN DERECHO O INTERÉS PROPIOS COMO FUNDAMENTO DE LA LEGITIMACIÓN DE NOTARIOS Y REGISTRADORES PARA IMPUGNAR LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN: CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

La norma legitimadora del artículo 328.IV LH se sobreañade a la que recoge el párrafo tercero del mismo artículo, cuando faculta para impugnar las resoluciones de la DGRN a los mismos sujetos que pueden formular el recurso gubernativo contra la calificación negativa (es decir, los interesados enumerados en el art. 325 LH). Ahora bien, desde el punto de vista del fundamento y la finalidad de la acción se trata de situaciones bien diferentes: mientras que la legitimación reconocida en el artículo 325 LH tiene como fundamento un derecho o un interés de determinadas personas en obtener la práctica del asiento indebidamente denegado, la legitimación a la que se refiere el artículo 328.IV LH se concede exclusivamente para tutelar los derechos e intereses del notario o registrador intervinientes que se puedan haber visto afectados con ocasión de la resolución dictada por la DGRN; con relativa independencia, por tanto, de la suerte que haya podido correr el título negativamente calificado<sup>4</sup>.

De este modo, lo que viene a querer decir el párrafo cuarto del artículo 328 LH es que, cuando de impugnar resoluciones de la DGRN se trata, el hecho de que el notario y el registrador se encuentren sometidos a la potestad organizativa de aquella no significa que tengan prohibido atacar sus decisiones en la vía judicial.

El notario autorizante del título (o su sucesor en el protocolo) y el registrador que lo haya calificado están facultados legalmente entonces para la impugnación de la resolución de la DGRN recaída en el recurso gubernativo contra la calificación. No se trata, empero, de una legitimación absoluta; pues la propia Ley especifica que solo resultará admisible cuando la resolución que se pretenda impugnar afecte a algún «derecho o interés» del que ellos mismos sean titulares.

En una primera aproximación, podría decirse que esta previsión legal está de más; pues es claro que la existencia de un interés legítimo es presupuesto inexcusable de la estimación de cualquier acción. Pero entonces, ¿qué sentido tiene subrayar la exigencia? Obviamente, no el de proteger los intereses particulares de notarios y registradores en tanto que sujetos privados que operan en el tráfico; pues, como es sabido, tanto los unos como los otros tienen el deber de abstenerse de intervenir profesionalmente en los asuntos de su propia y personal incumbencia, bajo amenaza de incurrir en responsabilidad.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad (que, entre otras muchas cosas, modificó el tenor del art. 328 LH), se dieron varios pronunciamientos contradictorios de las Audiencias Provinciales en relación con esta cuestión, particularmente en lo que respecta a la legitimación del registrador que calificó el título para impugnar la resolución de la DGRN estimatoria del recurso gubernativo interpuesto frente a la calificación negativa (la legitimación del notario interviniente no planteó en cambio tantos problemas; pues, aunque no se le reconociera en virtud de lo dispuesto en el art. 328.IV LH, parecía entonces que la tendría en todo caso *ex art.* 325 LH).

Esta disparidad de criterios se debió principalmente a la discordancia existente entre la Exposición de Motivos de la Ley 24/2005 y el párrafo cuarto del artículo 328 LH. En efecto, si el artículo 328.IV LH faculta al registrador para impugnar las resoluciones de la DGRN que le afecten, la Exposición de Motivos de la Ley que introdujo su redacción actual afirma expresa e inequívocamente dos cosas: que *«se aclara y concreta la imposibilidad de que el registrador pueda recurrir la decisión de su superior jerárquico cuando revoca su calificación»*; y que, por idéntica razón, *«se mantiene y aclara la vinculación de todos los registradores a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando resuelve recursos frente a la calificación»*.

El criterio mayoritario de las Audiencias Provinciales en los primeros años de vigencia de la nueva versión del artículo 328 LH fue que la contradicción apuntada debía resolverse de la forma más favorable posible a la legitimación del registrador, sobre la base de tres argumentos: el principio *pro actione*, el artículo 24 CE y la nula eficacia normativa de los textos preambulares<sup>5</sup>. Sin embargo, otra serie de Audiencias rechazaron esta solución de plano; aduciendo criterios sistemáticos, históricos y de jerarquía organizativa (pues, según ellas, notarios y registradores estarían jerárquicamente subordinados a la DGRN) para dar preferencia a la redacción de la Exposición de Motivos de la Ley sobre la de la norma que introdujo<sup>6</sup>.

La Sala Primera del Tribunal Supremo vino a zanjar la polémica en la STS de 20 de septiembre de 2011 (núm. de recurso 278/2008). En esta resolución se sentaron los siguientes criterios o principios en relación con la legitimación de los registradores (como enseguida se verá, los mismos criterios se han venido aplicando posteriormente también a los notarios):

a) El artículo 328.IV LH es *«una norma nada clara en cuanto a su contenido y alcance respecto de lo que se debe entender por derecho o interés del que sean titulares»* los notarios y los registradores a los efectos de impugnar las resoluciones de la DGRN. Ello da lugar a que el presupuesto legitimador tenga un *«carácter indeterminado»*; que es *«lo menos indicado para dotar al sistema de la necesaria seguridad jurídica que precisa y exige el artículo 9.3 CE»*.

b) Para los registradores, existirá un interés legítimo suficiente en ejercitar la acción de impugnación cuando la resolución de la DGRN que haya puesto fin al procedimiento administrativo de recurso *«pueda repercutir de modo efectivo y acreditado en su esfera jurídica, por afectar a un derecho o interés del que sean titulares»*.

c) Este derecho o interés no puede consistir en la defensa objetiva o abstracta de la legalidad; ni en la mera *«disconformidad con la decisión del superior jerárquico respecto de actos o disposiciones cuya protección se les encomienda»*; ni tampoco en la defensa de un interés particular del registrador demandante (pues en tal caso debería haberse abstenido de intervenir por incompatibilidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 102 RH); sino en *«aspectos normalmente vinculados a una eventual responsabilidad civil o disciplinaria relacionada con la función calificadora registral»*.

d) En consecuencia, para el Tribunal Supremo no hay contradicción entre el artículo 328 LH y la Exposición de Motivos de la Ley 24/2015: la regla es *«la imposibilidad de que el registrador pueda recurrir la decisión de su superior jerárquico cuando revoca su calificación»*, pues existe una *«vinculación de todos los registradores a las resoluciones de la DGRN cuando resuelve recursos frente a la calificación»*. La vía judicial solo queda expedita para el registrador *«con el*



*anuncio o amenaza de responsabilidad disciplinaria [habría que añadir: o civil] que se le dirige, puesto que, de no revisarse la causa que lo justifica, en ningún caso vería tutelado su derecho en el expediente que se tramite».*

e) En definitiva, el TS sienta como doctrina jurisprudencial (cfr. el art. 487.3 LEC) que «*el registrador de la propiedad está legitimado activamente para impugnar la resolución dictada por la DGRN siempre que acredite o justifique su derecho por el anuncio de apertura de expediente disciplinario o se le exija responsabilidad civil*». Es carga, por tanto, del demandante aducir en su demanda de impugnación elementos suficientes dirigidos a acreditar la efectiva concurrencia de un derecho o interés propio en el caso concreto; sin que este último en ningún caso se pueda presumir.

La misma tesis restrictiva se reitera en las posteriores SSTs de 2 de enero de 2012, 9 de febrero de 2012, 10 de febrero de 2012 (admitiendo en este caso la legitimación, por existir un apercibimiento expreso de apertura de expediente disciplinario a la registradora en la resolución de la DGRN impugnada<sup>7</sup>), 28 de junio de 2012, 18 de julio de 2012<sup>8</sup>, 20 de marzo de 2013, 2 de abril de 2013 (que añade que es una «*legitimación especial*», de carácter «*excepcional*», que únicamente se admite «*en previsión de casos muy concretos en que pudiera estar justificada*»), 28 de mayo de 2013, 2 de abril de 2014, 14 de enero de 2015 (*obiter dictum*) y 27 de junio de 2016 (esta última en relación con el notario autorizante del título cuya inscripción fue denegada, para extenderle los criterios aplicados a los registradores en la STS de 20 de septiembre de 2011<sup>9</sup>).

Por su parte, las Audiencias Provinciales han seguido de forma prácticamente unánime la línea jurisprudencial expuesta, aplicándola indistintamente a notarios y registradores<sup>10</sup>; si bien en relación con los notarios hay que precisar, además, que las Audiencias han venido negando que la mera invocación de la salvaguarda de su prestigio o su crédito profesional pueda dar lugar a la apreciación de un interés de suficiente intensidad como para erigirse de forma inmediata en presupuesto legitimador en orden al ejercicio autónomo de la acción de impugnación de las resoluciones de la DGRN. Es el caso, por ejemplo, de la SAP de Madrid (Sección 21.<sup>a</sup>) de 13 de diciembre de 2012<sup>11</sup>; o de la SAP de Barcelona (Sección 4.<sup>a</sup>) de 19 de noviembre de 2014.

Asimismo, se ha cuestionado que los notarios gocen de una legitimación *ex artículo 325 LH* para impugnar las resoluciones del Centro Directivo, independiente de la que les reconoce el párrafo 4.º del artículo 328. Cabe citar en este sentido la SAP de Vizcaya (Sección 3.<sup>a</sup>) de 9 de octubre de 2013<sup>12</sup>; o la SAP de Madrid (Sección 12.<sup>a</sup>) de 4 de marzo de 2014 (en línea similar a la anterior)<sup>13</sup>. Parece, no obstante, que esta interpretación contraviene la letra del propio artículo 328 LH; el cual a primera vista legitima a los notarios por partida doble: en primer lugar, por remisión al artículo 325 LH (cf. el párrafo 3.º del art. 328), y en segundo lugar, por disposición expresa al respecto (cf. el párrafo 4.º).

En mi opinión no existe una contradicción entre ambos preceptos (como las resoluciones citadas parecen asumir), pues su aparente solapamiento se podría resolver de manera satisfactoria sin necesidad de prescindir de ninguno de los dos. Bastaría con interpretar que, en realidad, están contemplando supuestos distintos: la remisión del artículo 328.III al artículo 325 LH constituiría el régimen de la legitimación aplicable con carácter general al notario autorizante del título siempre que esté en juego la inscripción del título por él autorizado en el Registro (cf. el art. 22 LH), mientras que el artículo 328.IV LH se estaría refiriendo exclusivamente a los casos en los que el notario se limita a impugnar de forma

autónoma la resolución de la DGRN confirmatoria de la calificación negativa, sin pretender al mismo tiempo la práctica de asiento alguno; por ejemplo, por haberse subsanado por otra vía el presunto defecto apreciado por el registrador al calificar el título, o por haber desistido los interesados de su intención de inscribir. En estos casos, el decaimiento de la voluntad del peticionario de que el concreto asiento solicitado se practique no tiene por qué acarrear la desaparición del interés material del notario en la revocación de la resolución de la DGRN; pues esta puede haber afectado, como dice la Ley, a un derecho o interés del que sea titular. De ahí que se le conceda expresamente una legitimación ordinaria para instar esa revocación, en un proceso revisor de la legalidad de la resolución que, en su día, dará lugar a un pronunciamiento sobre si la resolución impugnada es conforme a Derecho o no.

Sea como fuere, a tenor de lo expuesto hasta ahora, son solamente dos, por tanto, los supuestos en los que, como regla general, los tribunales admiten hoy por hoy la legitimación de notarios y registradores para impugnar autónomamente las resoluciones de la DGRN, sean expresas o presuntas<sup>14</sup>, recaídas al término del procedimiento gubernativo de recurso contra la calificación negativa. El primero es que se haya interpuesto (o, como mínimo, anunciado) por un tercero una demanda de responsabilidad civil contra el notario o el registrador por daños derivados de su actuación profesional en relación con el asunto resuelto por la decisión de la DGRN sobre la calificación negativa. El segundo, que por parte de la propia Dirección General se haya producido la efectiva incoación (o el apercibimiento o amenaza de incoación) de un expediente sancionador contra el notario o registrador intervinientes, por supuestas faltas disciplinarias relacionadas con su actuación en el procedimiento de confección (en el caso del notario) o de inscripción (en el caso del registrador) del título negativamente calificado.

Para el Tribunal Supremo, en estos casos el reconocimiento de la facultad de impugnar la resolución de la DGRN encuentra su justificación en la necesidad de ofrecer al notario o al registrador la oportunidad de instar la revisión de un acto que podría acabar erigiéndose en presupuesto indiscutido de su responsabilidad civil o disciplinaria: en palabras de la STS de 20 de septiembre de 2011, si no se les permitiera atacar la resolución del Centro Directivo, «en ningún caso se vería tutelado su derecho en el expediente» (o en el procedimiento judicial sobre responsabilidad civil) que se pudiera incoar contra ellos con posterioridad.

Podría considerarse otro tercer supuesto, de carácter relativamente excepcional, en el que el registrador estuviese legitimado para impugnar resoluciones de la DGRN: sería el caso de las resoluciones nulas de pleno derecho por haberse dictado extemporáneamente (es decir, una vez transcurrido el plazo de tres meses fijado en el párrafo 9.º del art. 327 LH). De hecho, la STS de 21 de noviembre de 2013 declaró que, en estos casos, existiría un «interés legítimo por parte del registrador de la propiedad en que sea mantenida su calificación»; interés que le facultaría «para interesar al respecto la nulidad de una resolución expresa dictada extemporáneamente que pretende dejar sin efecto la desestimación tácita o por silencio prevista en el artículo 327 LH». Sin embargo, la STS de 2 de abril de 2014 vino a cerrar esta vía, al precisar que se trató de una única sentencia, que por tanto no había sentado jurisprudencia, y que la falta de legitimación del registrador en estos casos había sido ya descartada en sentencias anteriores del Tribunal Supremo.

#### IV. BREVE DIGRESIÓN SOBRE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LAS CORPORACIONES DE NOTARIOS Y REGISTRADORES PARA IMPUGNAR LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN EN LA VÍA CIVIL

Las corporaciones profesionales en que notarios y registradores se integran están expresamente excluidas del ejercicio de la acción de impugnación de las resoluciones de la DGRN en la vía civil, sea cual sea su contenido (véase el artículo 328.IV, inciso primero LH; que se refiere concretamente al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, al Consejo General del Notariado y a los Colegios Notariales).

Se trata de una exclusión cuestionable, en la medida en que una norma de estas características constituye una cierta anomalía, que solamente debería dictarse en casos extremos en los que resultara absolutamente indispensable privar legalmente a determinados sujetos de la facultad de litigar sobre una materia particular. Una supresión completa y *a priori* de todo poder de accionar en relación con una específica serie o clase de asuntos es difícilmente justificable en un ordenamiento como el nuestro, en el que la legitimación debe presuponerse siempre que el sujeto que actúa afirme encontrarse en una situación habilitante que, desde el punto de vista jurídico, pueda considerarse suficiente para permitirle el ejercicio de la acción (y que, generalmente, se cifra en la titularidad de un derecho o de un interés legítimo); extremo cuya concurrencia, de ordinario, solo cabe apreciar caso por caso.

En el concreto supuesto que nos ocupa, salta a la vista que la previsión del primer inciso del artículo 328.IV LH puede colisionar frontalmente con lo dispuesto en los artículos 19.1 LJCA, 7.3 LOPJ y 24 CE; de los que se desprende a las claras que las corporaciones profesionales están facultadas para la defensa en juicio de los derechos e intereses colectivos que asumen como propios. Ciertamente, no toda resolución de la DGRN tiene un potencial de afectar necesariamente a esos intereses, pues hay casos en los que la virtual trascendencia de la resolución desde el punto de vista corporativo es nula; pero lo contrario tampoco se puede descartar por vía de principio (como al parecer ha hecho el Legislador en el artículo 328 LH). A mi modo de ver, convendría dejar a los tribunales en este punto el margen de apreciación de que normalmente disponen en el resto de situaciones en las que es una corporación profesional quien comparece en calidad de demandante.

Tratándose del Colegio de Registradores ha de tenerse en cuenta adicionalmente que, llegado el momento, la resolución de la DGRN estimatoria del recurso gubernativo será publicada en el *BOE* y adquirirá la eficacia vinculante para todos los registradores que le confiere el artículo 327.X LH «*mientras no se anule por los tribunales*». Con independencia de lo que se sostenga acerca del alcance mayor o menor de esa vinculación (pues, como es sabido, en los últimos años se han dado importantes oscilaciones interpretativas al respecto<sup>15</sup>), parece evidente que hablamos de supuestos en los que es relativamente fácil que surja un interés colegial en obtener la revocación de una determinada resolución. En este sentido, la supresión absoluta de la legitimación de las corporaciones profesionales para impugnar las resoluciones de la DGRN a través del juicio verbal contemplado en el Título XIV de la LH deviene sospechosa de inconstitucionalidad.

Sea como fuere, que estas entidades no puedan entablar por sí solas el proceso del artículo 328 LH no significa que no puedan intervenir a iniciativa propia en un proceso ya entablado por cualquiera de los sujetos legalmente legitimados al efecto. Como ha señalado algún autor, la Ley Hipotecaria no prohíbe la intervención en calidad de simple «coadyuvante», de modo que nada parecería obstar a la aplicación las reglas generales de la LEC en la materia<sup>16</sup>.

## V. VALORACIÓN CRÍTICA

La interpretación dada por la jurisprudencia al artículo 328.IV LH es razonable, en la medida en que cierra el paso a la utilización de los tribunales civiles como campo de batalla para dirimir conflictos corporativos que, ciertamente, pueden y deben solventarse a través de otras vías (sobre todo si se tiene en cuenta el peculiar contexto en el que surgen). Al mismo tiempo, excluye la interposición de demandas civiles «a los solos efectos doctrinales» o, lo que viene a ser lo mismo, «en interés de la pura legalidad», al modo de una extravagante especie de casación; lo cual merece sin duda una valoración positiva.

Ahora bien, se trata de una interpretación que al mismo tiempo suscita también reparos.

Así, tal como ha quedado configurada jurisprudencialmente, resulta tremendamente sencillo que, en la práctica, la legitimación de los notarios y registradores para impugnar resoluciones de la DGRN en la vía judicial quede vacía de contenido; y ello incluso en los supuestos que sí están amparados *a priori* por la norma. Piénsese si no en los siguientes datos:

a) Según el artículo 328.II LH, el plazo para interponer la demanda de impugnación es de dos meses, contados desde que se dicte la resolución de la Dirección General. Tratándose de resoluciones desestimatorias por silencio administrativo, el plazo es de cinco meses y un día desde la fecha de interposición del recurso gubernativo.

b) En el caso de los notarios, la acción para exigirles responsabilidad civil prescribe a los cinco años desde que pudo ejercitarse (art. 1964 del Código Civil); o al año si quien la pretende ejercitar no es uno de los otorgantes sino un tercero (art. 1968.2.º del Código Civil). Tratándose en cambio de responsabilidad disciplinaria, las infracciones leves prescriben a los cuatro meses; las infracciones graves a los dos años; y las infracciones muy graves a los cuatro años, computados desde su comisión (art. 347 RN). El expediente sancionador se puede incoar en cualquier momento dentro de estos lapsos temporales.

c) En el caso de los registradores, según el artículo 311 LH la acción de responsabilidad civil prescribe al año de ser conocidos los perjuicios ocasionados, sin que en ningún caso se puedan sobrepasar los cinco años que estipula el artículo 1964 del Código Civil. En cambio, las infracciones disciplinarias prescriben a los cuatro meses si son leves; a los dos años si son graves; y a los cuatro años si son muy graves, debiéndose efectuar el cómputo desde su comisión (art. 316 LH). Una vez incoado el expediente, el plazo para dictar y notificar la resolución es de nueve meses (ampliables por otros tres) cuando se trate de infracciones graves o muy graves, y de tres meses en el caso de las infracciones leves (art. 318 LH).

A la vista está que, con carácter general, será perfectamente posible que la responsabilidad civil o disciplinaria del notario o el registrador intervinientes se exija aun mucho después de haber terminado el plazo para impugnar la resolución de la DGRN; y que, en tales casos, el uso de la legitimación que concede el artículo 328.IV LH se habrá visto imposibilitado de hecho.

Ello es consecuencia directa de sostener que el interés legitimador viene dado aquí de forma exclusiva por una amenaza concreta e inminente de responsabilidad (responsabilidad en que notarios y registradores podrían incurrir si se acredita que se condujeron de manera dolosa o culposa en su actuación profesional).

Desde luego, no es razonable ni adecuado a la finalidad del proceso del artículo 328 LH que se pueda utilizar como instrumento preventivo para preconstituir pronunciamientos sobre una cuestión —la de la eventual responsabilidad—, que todavía no se ha planteado —y que posiblemente ni siquiera se llegue a plantear—; y de ahí que sea lógico requerir que, como mínimo, exista ya un apercibimiento por parte de la DGRN (o una voluntad explícita de los perjudicados de ejercitar la acción de responsabilidad civil). Pero por otro lado es innegable que, aplicando la interpretación jurisprudencial actual, los notarios y los registradores quedan en cierto modo indefensos frente a las reclamaciones o los expedientes disciplinarios que, trayendo causa de una resolución de la Dirección General recaída en un procedimiento en el que hayan participado de algún modo, se puedan incoar una vez transcurrido el brevísimo plazo de dos meses (o, en su caso, de cinco meses y un día) del que en principio disponen para impugnarla; y eso por no hablar de que, en el caso de la responsabilidad disciplinaria, en la práctica se deja en manos del propio Centro Directivo qué resoluciones podrán ser impugnadas judicialmente por los notarios y registradores y cuáles no (pues si se efectúa apercibimiento de incoación de expediente disciplinario en la resolución que ponga fin al recurso gubernativo, habrá legitimación para impugnarla; y de lo contrario no la habrá).

En el fondo, hay aquí un cierto reduccionismo, consistente en entender que el derecho o interés legítimo al que se refiere el artículo 328.IV LH solamente puede tener que ver con un potencial efecto desfavorable en la esfera jurídica o económica personal del notario o el registrador intervinientes. Debe reconocerse, con todo, que el tenor literal de la norma no ofrece un margen mucho mayor: como se viene repitiendo desde el principio, el artículo 328.IV LH especifica claramente que, en estos casos, la legitimación solamente puede fundarse en un derecho o interés del que el notario o el registrador sean *titulares*. Además, es patente la voluntad del legislador de restringir las facultades de impugnación de estos sujetos en relación con las resoluciones de la DGRN, sometiéndolos en la medida de lo posible a su criterio.

Uno de los mayores inconvenientes que, a mi juicio, ofrecen unos márgenes normativos y jurisprudenciales tan estrechos es que, de hecho, impiden que el registrador pueda actuar no ya en defensa de la legalidad abstracta, ni con un propósito meramente doctrinal, sino en defensa del concreto interés cuya protección tiene institucionalmente encomendada: la razón jurídicamente más importante (y, por consiguiente, más atendible) que puede mover a un registrador a impugnar una resolución de la DGRN en el desempeño de sus deberes como agente público es la defensa de un interés que le es cabalmente ajeno (del que, por tanto, podrá ser *valedor*, pero nunca *titular*); y que se cifra en lo que podríamos denominar «interés institucional del Registro» en el que sirve. Algo que, *mutatis mutandis* (y sin forzar demasiado los términos del problema) podría predicarse incluso también del notario autorizante del título, en tanto que garante institucional de la legalidad del tráfico.

No debe olvidarse tampoco que, como antes se dijo, una vez publicadas en el *BOE* las resoluciones de la DGRN estimatorias de recursos gubernativos adquieren la «*eficacia vinculante*» que les atribuye el artículo 327.X LH; de manera que habrán de ser tenidas en cuenta por el registrador afectado bajo amenaza de sanción disciplinaria por falta grave conforme al artículo 313 B, letra k) LH. De no permitirse su impugnación al registrador que intervino en el procedimiento, las resoluciones estimatorias de recursos gubernativos serían *de facto* irrecurribles en multitud de ocasiones, y permanecerían inmunes al control de los tribunales.

## VI. CONCLUSIONES

I. Notarios y registradores pueden impugnar ante los tribunales civiles las resoluciones de la DGRN, tanto expresas como presuntas, recaídas en el procedimiento gubernativo de recurso contra la calificación negativa, siempre y cuando afecten a un «derecho o interés» del que sean titulares.

II. El derecho o interés que fundamenta en estos casos la legitimación del notario o registrador intervinientes no puede ser un derecho o interés de carácter particular, vinculado a la situación jurídica inmobiliaria cuya publicación se pretende; pues tanto los notarios como los registradores tienen el deber inexcusable de abstenerse de intervenir profesionalmente en los asuntos de su propia y personal incumbencia, bajo amenaza de incurrir en responsabilidad.

III. Después de unos años de vacilaciones en la jurisprudencia menor, el Tribunal Supremo determinó, en relación con los registradores, que el derecho o interés al que se refiere el artículo 328.IV LH no puede consistir tampoco en la defensa objetiva o abstracta de la legalidad; ni en la mera disconformidad con el criterio del Centro Directivo; ni en la posibilidad abstracta de una hipotética responsabilidad que el registrador pudiera percibir como más o menos cercana.

IV. Según el Alto Tribunal, el derecho o interés que fundamenta la legitimación en estos casos estaría vinculado más bien a la elevada probabilidad de una repercusión inminente, efectiva y acreditada en la esfera jurídica del registrador interviniente; concretada normalmente en un anuncio o amenaza ya existente de responsabilidad civil o disciplinaria. En este sentido, sería carga del registrador demandante aducir en su demanda de impugnación elementos suficientes dirigidos a acreditar la efectiva concurrencia de dicha probabilidad en el caso concreto.

V. Estos mismos criterios se han venido aplicando posteriormente también a los notarios, tanto por el propio Tribunal Supremo como por las Audiencias Provinciales; especificándose adicionalmente que la mera invocación de un riesgo para el prestigio profesional del notario autorizante del título negativamente calificado no constituye por sí sola razón suficiente para permitirle impugnar la resolución de la DGRN confirmatoria de la calificación.

VI. La interpretación descrita merece una valoración positiva, en la medida en que cierra el paso a la utilización de los tribunales civiles como campo de batalla para dirimir conflictos corporativos. Al mismo tiempo, excluye (acertadamente, a mi juicio) la interposición de demandas civiles contra la Administración registral «a los solos efectos doctrinales» o «en interés de la pura legalidad».

VII. Sin embargo, el juego combinado del régimen de los plazos para impugnar las resoluciones de la DGRN en la vía judicial, por un lado, y para exigir responsabilidad a los notarios y registradores, por el otro, hace que resulte muy fácil que, en la práctica, la legitimación que les reconoce el artículo 328.IV LH quede vacía de contenido; pues puede impedir de hecho su utilización incluso en los supuestos sí amparados por la norma tal como viene siendo interpretada por los tribunales.

VIII. Convendría modificar el artículo 328.IV LH, en aras de una mayor claridad y una mayor seguridad jurídica. Debería reconocerse de forma explícita el papel que juega la posición institucional de los notarios y registradores en este ámbito, más allá de su esfera individual de intereses; y debería asimismo flexibilizarse el margen de apreciación de los tribunales a la hora de determinar en el caso concreto si concurre o no en el notario o registrador demandantes el

requisito de la legitimación para atacar judicialmente la resolución de la Dirección General que se pretende impugnar.

## VII. RESOLUCIONES CITADAS

### TRIBUNAL SUPREMO

- STS (Sala Tercera) de 22 de mayo de 2000
- STS (Sala Primera) de 20 de septiembre de 2011
- STS (Sala Primera) de 2 de enero de 2012
- STS (Sala Primera) de 9 de febrero de 2012
- STS (Sala Primera) de 10 de febrero de 2012
- STS (Sala Primera) de 28 de junio de 2012
- STS (Sala Primera) de 18 de julio de 2012
- STS (Sala Primera) de 20 de marzo de 2013
- STS (Sala Primera) de 2 de abril de 2013
- STS (Sala Primera) de 28 de mayo de 2013
- STS (Sala Primera) de 21 de noviembre de 2013
- STS (Sala Primera) de 2 de abril de 2014
- STS (Sala Primera) de 14 de enero de 2015
- STS (Sala Primera) de 27 de junio de 2016

### AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Burgos de 29 de noviembre de 2007
- SAP de Alicante 14 de enero de 2008
- SAP de Burgos de 18 de enero de 2008
- SAP de Badajoz de 29 de febrero de 2008
- SAP de Lleida de 28 de julio de 2008
- SAP de A Coruña de 3 de septiembre de 2008
- SAP de Málaga de 21 de octubre de 2008
- SAP de Guadalajara de 12 de noviembre de 2008
- SAP de Granada 4 de diciembre de 2008
- SAP de Tarragona de 19 de diciembre de 2008
- SAP de Segovia de 30 de diciembre de 2008
- SAP de Toledo de 5 de enero de 2009
- SAP de Málaga de 4 de febrero de 2009
- SAP de Valladolid de 9 de febrero de 2009
- SAP de Barcelona (Sección 17.<sup>a</sup>) de 18 de marzo de 2009
- SAP de Alicante de 20 de marzo de 2009
- SAP de Valencia de 29 de abril de 2009
- SAP de Madrid (Sección 10.<sup>a</sup>) de 13 de mayo de 2009
- SAP de Valladolid de 26 de mayo de 2009
- SAP de Madrid (Sección 13.<sup>a</sup>) de 27 de octubre de 2009
- SAP de Lleida de 30 de octubre de 2009
- SAP de Barcelona (Sección 4.<sup>a</sup>) de 1 de diciembre de 2009
- SAP de Valencia de 28 de enero de 2010
- SAP de Barcelona (Sección 14.<sup>a</sup>) de 30 de marzo de 2010
- SAP de Granada (Sección 3.<sup>a</sup>) de 30 de marzo de 2012

- SAP de Toledo (Sección 2.<sup>a</sup>) de 17 de mayo de 2012
- SAP de Valencia (Sección 9.<sup>a</sup>) de 17 de septiembre de 2012
- SAP de Madrid (Sección 21.<sup>a</sup>) de 13 de diciembre de 2012
- SAP de Madrid (Sección 25.<sup>a</sup>) de 13 de marzo de 2013
- SAP de Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>) de 27 de mayo de 2013
- SAP de Málaga (Sección 5.<sup>a</sup>) de 13 de junio de 2013
- SAP de Vizcaya (Sección 3.<sup>a</sup>) de 9 de octubre de 2013
- SAP de Madrid (Sección 12.<sup>a</sup>) de 4 de marzo de 2014
- SAP de Barcelona (Sección 4.<sup>a</sup>) de 19 de noviembre de 2014
- SAP de Granada (Sección 4.<sup>a</sup>) de 27 de febrero de 2015
- SAP de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>) de 22 de abril de 2016
- SAP de Orense (Sección 1.<sup>a</sup>) de 1 de junio de 2016
- SAP de Salamanca (Sección 1.<sup>a</sup>) de 14 de octubre de 2016
- SAP de Palma de Mallorca (Sección 3.<sup>a</sup>) de 26 de febrero de 2016

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 9 de marzo de 2012

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. (2003). El actual recurso gubernativo en el sistema registral español (A propósito de la modificación de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social). *Revista de Administración Pública*, 160-2003: 49-83.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (Dir.) (2005). *El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil* (2 vols.), Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. y MARTÍNEZ TRISTÁN, G. (coords.) (2007). *La revisión judicial de la calificación registral*, Madrid: Centro de Documentación Judicial del CGPJ.
- LÓPEZ REMÓN, F. (2008). La modernización de los recursos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad, entre la tradición, la administrativización y la fragmentación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 706-2008: 725-763.
- MARTÍNEZ SANTOS, A. (2012). *Jurisdicción y Registros públicos: el proceso para la impugnación de la calificación negativa*, Madrid: Marcial Pons.
- MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Dir.) (2008). *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid: Dykinson.
- PARDO MUÑOZ, F. J. (2007). Legitimación activa y pasiva en el juicio verbal dirigido contra la resolución expresa o presunta de la DGRN tras la Ley 24/2005, de 18 de noviembre. En: Guilarte Gutiérrez, V. y Martínez Tristán, G. (coords.), *La revisión judicial de la calificación registral*, Madrid: Centro de Documentación Judicial del CGPJ.
- PARDO NÚÑEZ, C. R. (2005). El recurso judicial contra las resoluciones de la Dirección General. Análisis y crítica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 690-2005: 1269-1320.
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Á. (2008). La responsabilidad civil de notarios y registradores. Estudio jurisprudencial. En: Moreno Martínez, J. A. (Dir.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid: Dykinson.



- PAU PEDRÓN, A. y JEREZ DELGADO, C. (coords.) (2010). *Estudios a propósito de sentencias judiciales dictadas en recursos contra la calificación del Registrador*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- VALLS GOMBAU, J. F. y PARDO NÚÑEZ, C. (coords.) (2005). *Recursos contra las resoluciones por las que se suspende o deniega la inscripción de derechos en los registros*, Madrid: Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

## NOTAS

<sup>1</sup> Para una breve pero completa referencia histórica, véase LÓPEZ REMÓN (2008).

<sup>2</sup> En realidad, este novedoso sistema estaba contenido ya en sus líneas esenciales en el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que (entre otros preceptos) reformaba los artículos 114 a 136 del Reglamento Hipotecario. No obstante, en lo que al régimen de recursos contra la calificación negativa se refiere, esta reforma fue anulada casi totalmente por la sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2000, por regular materias reservadas a la Ley. En concreto, la mencionada sentencia anuló, en el tema que ahora nos ocupa, los artículos 112.3, 113 a 116, 118 a 124, 127 a 129 y 131 RH.

<sup>3</sup> No ha sido cuestión pacífica en la doctrina. Al respecto, cf. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2003).

<sup>4</sup> Sobre este particular, véase MARTÍNEZ SANTOS (2012), 329-331.

<sup>5</sup> Véanse, entre otras muchas, SAP de Alicante 14 de enero de 2008, SAP de Badajoz de 29 de febrero de 2008, SAP de Lleida de 28 de julio de 2008, SAP de Málaga de 21 de octubre de 2008, SAP de Guadalajara de 12 de noviembre de 2008, SAP de Tarragona de 19 de diciembre de 2008, SAP de Málaga de 4 de febrero de 2009, SAP de Barcelona (Sección 17.<sup>a</sup>) de 18 de marzo de 2009, SAP de Alicante de 20 de marzo de 2009, SAP de Valencia de 29 de abril de 2009, SAP de Madrid (Sección 10.<sup>a</sup>) de 13 de mayo de 2009, SAP de Madrid (Sección 13.<sup>a</sup>) de 27 de octubre de 2009, SAP de Lleida de 30 de octubre de 2009, SAP de Valencia de 28 de enero de 2010 y SAP de Barcelona (Sección 14.<sup>a</sup>) de 30 de marzo de 2010 (para la impugnación por los registradores de Cataluña de las resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat catalana).

<sup>6</sup> Véanse, entre otras, la SAP de Burgos de 29 de noviembre de 2007, SAP de Burgos de 18 de enero de 2008, SAP de A Coruña de 3 de septiembre de 2008, SAP de Granada 4 de diciembre de 2008, SAP de Segovia de 30 de diciembre de 2008, SAP de Toledo de 5 de enero de 2009, SAP de Valladolid de 9 de febrero de 2009, SAP de Valladolid de 26 de mayo de 2009, SAP de Barcelona (Sección 4.<sup>a</sup>) de 1 de diciembre de 2009.

<sup>7</sup> Según esta STS de 10 de febrero de 2012, el apercebimiento determina la existencia de legitimación para el ejercicio de la acción; ya que merced al mismo la registradora que calificó el título se convierte en «titular de un interés legítimo que dimana de su propia actuación profesional al emitir una calificación negativa en el ámbito de sus competencias, y que como finalidad pretende salvaguardar dicha actuación ante la apertura de un hipotético expediente disciplinario y defender, de este modo, su posición ante el principio legal de responsabilidad profesional del cual pudieran derivarse efectos negativos sobre su esfera patrimonial».

<sup>8</sup> Para la STS de 18 de julio de 2012, el simple hecho de que la resolución de la DGRN contenga en sus fundamentos de Derecho una «advertencia» al registrador sobre las consecuencias de su calificación negativa en el plano disciplinario (literalmente decía la resolución impugnada: «en tanto en cuanto pueden existir causas que justifiquen la apertura de un expediente disciplinario»), haría «innegable» la legitimación del mismo para promover juicio verbal en impugnación de dicha resolución.

<sup>9</sup> Según la STS de 27 de junio de 2016, «la doctrina que, en materia de legitimación del registrador recoge la STS de 20 de septiembre de 2011, (...) es de aplicar al notario autorizante, ya que se halla sujeto también a eventual responsabilidad por motivo de la denegación de la inscripción de la escritura, por lo que no existe en tal aspecto un régimen diferenciado entre ambos».

<sup>10</sup> Véanse la SAP de Granada (Sección 3.<sup>a</sup>) de 30 de marzo de 2012; SAP de Toledo (Sección 2.<sup>a</sup>) de 17 de mayo de 2012; SAP de Valencia (Sección 9.<sup>a</sup>) de 17 de septiembre de 2012; SAP de Madrid (Sección 21.<sup>a</sup>) de 13 de diciembre de 2012 (dictada en relación con el notario autorizante del título, para rechazar que su prestigio profesional constituya un interés legítimo suficiente en el sentido del art. 328.IV LH); SAP de Madrid (Sección 25.<sup>a</sup>) de 13 de marzo de 2013 (dictada también en relación con el notario autorizante del título); SAP de Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>) de 27 de mayo de 2013; SAP de Málaga (Sección 5.<sup>a</sup>) de 13 de junio de 2013; SAP de Vizcaya (Sección 3.<sup>a</sup>) de 9 de octubre de 2013 (que niega al notario una legitimación autónoma ex artículo 325 LH para recurrir resoluciones de la DGRN); SAP de Madrid (Sección 12.<sup>a</sup>) de 4 de marzo de 2014 (en línea similar a la anterior); SAP de Barcelona (Sección 4.<sup>a</sup>) de 19 de noviembre de 2014 (en relación con el notario); SAP de Granada (Sección 4.<sup>a</sup>) de 27 de febrero de 2015; SAP de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>) de 22 de abril de 2016; SAP de Orense (Sección 1.<sup>a</sup>) de 1 de junio de 2016 (en relación con el notario); y SAP de Salamanca (Sección 1.<sup>a</sup>) de 14 de octubre de 2016 (en relación con el notario). No obstante, hay alguna sentencia que se aparta del criterio mayoritario, como por ejemplo la SAP de Palma de Mallorca (Sección 3.<sup>a</sup>) de 26 de febrero de 2016, que parece reconocer a los notarios una legitimación de alcance general para recurrir resoluciones de la DGRN, por entender que el notario autorizante del título es siempre por definición titular de un interés que justificaría su legitimación ex artículo 328.IV LH.

<sup>11</sup> Según la resolución mencionada, *«desde luego el prestigio profesional no legitima a un notario para impugnar una resolución adoptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando dicha resolución no critica su actuación, aun cuando discrepe con la misma»; pues «su buen hacer profesional (...) no sufre desdoro alguno (...) por el hecho de que la Dirección General de los Registros y del Notariado mantenga un criterio diferente al suyo respecto de la calificación de determinados actos».*

<sup>12</sup> Dice esta resolución: *«la propia Ley Hipotecaria establece una clara diferencia en cuanto a la legitimación del notario para recurrir, según se realice ante la DGRN o en la vía jurisdiccional civil, pues en el primer caso, el del artículo 325 apartado b) de la LH, el notario autorizante la tiene «en todo caso», lo que no sucede cuando la impugnación se efectúe ante la jurisdicción civil por la vía del juicio verbal, en que se supedita a que la resolución recurrida afecte a un derecho o interés del que sea titular, estimando a estos efectos (...) que de haber querido el legislador que la legitimación del notario para acudir a la vía judicial lo fuera en cualquier caso, lo habría dicho expresamente, y sin embargo no lo ha hecho, exigiendo a diferencia de la posibilidad de recurrir ante la DGRN que el interés del notario resulte afectado, no bastando con afectaciones genéricas o hipotéticas».*

<sup>13</sup> Según esta otra sentencia, *«la actual redacción del referido artículo 328 LH ha querido restringir la legitimación del notario autorizante (...) Por ello, no se puede entender que el notario autorizante, por su condición de tal, esté legitimado, ni por circunstancias que, en abstracto, sean consustanciales a dicha condición. De ser así la reforma [se refiere a la reforma de 2005] carecería de sentido y de alcance práctico alguno, y obviamente no se cumpliría la finalidad que el precepto persigue, que no es otra que la de acotar y restringir la legitimación».*

<sup>14</sup> Véase al respecto la STS de 27 de junio de 2016.

<sup>15</sup> Como es sabido, actualmente la interpretación que hace la DGRN de este inciso del artículo 327 LH es la de la Resolución de 9 de marzo de 2012, que rectificó el criterio maximalista que se había seguido en los años inmediatamente anteriores, por entender que las resoluciones de la Dirección General recaídas en el procedimiento gubernativo de recurso vinculan solamente *«en los términos planteados y limitado al concreto caso que contemplan y resuelven»*; de modo que afectarían a título principal *«al registrador calificador y a los demás registradores que hayan de calificar el mismo documento».*

<sup>16</sup> Véase PARDO MUÑOZ (2007), 149.

1.5. Obligaciones y contratos

Control de transparencia en el préstamo  
hipotecario multidivisa

*Transparency control in multicurrency  
mortgage loans*

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 reciente jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con los préstamos concedidos en moneda extranjera y en multidivisa. Partiendo de una delimitación conceptual y de la naturaleza de este tipo de contratos, se analizan la STJUE de 20 de septiembre de 2017 y la reciente STS (Pleno) núm. 608/2017, de 15 de noviembre, que declara la nulidad parcial de un préstamo hipotecario concedido en multidivisa, a raíz de la aplicación del control de transparencia a las cláusulas de referencia a divisa extranjera, que se entiende no superado en el caso objeto del recurso.

**ABSTRACT:** *In this paper it's analyzed the recent jurisprudence, both of the Supreme Court and of the Court of Justice of the European Union, in relation to loans granted in foreign currency and multi-currency. Starting from a conceptual delimitation and the nature of this type of contracts, the STJUE of 20th September, 2017 and the recent STS (Plenary) n.º 608/2017, of 15th November, which declares the partial nullity of a mortgage loan granted in multicurrency, as a consequence of the application of the control of transparency to the clauses with reference to a foreign currency, which is understood not to be passed in the case object of the appeal in cassation.*

**PALABRAS CLAVE:** Préstamo hipotecario multidivisa. Control de transparencia. Nulidad. Protección del consumidor. Información.

**KEY WORDS:** *Multicurrency mortgage loan. Transparency control. Nullity. Consumer protection. Information.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN MONEDA EXTRANJERA Y MULTIDIVISA: 1. *DELIMITACIÓN CONCEPTUAL*. 2. *NATURALEZA*.—III. CONTROL DE LAS CLÁUSULAS DE REFERENCIA A DIVISAS EXTRANJERAS: 1. *CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS RELATIVAS AL OBJETO*

PRINCIPAL DEL CONTRATO. 2. CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LOS PRÉSTAMOS MULTIDIVISA.  
—IV. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

## I. PLANTEAMIENTO

En los últimos años se han ido sucediendo los pronunciamientos judiciales en diversas instancias en relación con cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios y protección del consumidor a este respecto. Cláusulas suelo, intereses de demora, cláusula de intereses remuneratorios referenciados al IRPH, vencimiento anticipado, gastos hipotecarios e impuesto de transmisiones y, asimismo, el préstamo hipotecario multidivisa (o «hipoteca multidivisa» como se suele denominar comúnmente). Denominador común en todos estos casos, además de la condición de consumidor del prestatario<sup>1</sup>, es la atención a la transparencia de la cláusula, aplicando los controles de incorporación y transparencia que el Tribunal Supremo ha consolidado a partir de la STS de 9 de mayo de 2013, siendo esencial en relación con estos controles, y especialmente el último, la información prestada al consumidor por la entidad financiera con anterioridad a la firma del préstamo.

En este trabajo nos centraremos en este último caso del préstamo en multidivisa, a raíz de la STS de 15 de noviembre de 2017, que viene a adaptar su doctrina anterior a la jurisprudencia del TJUE indicada en su sentencia de 20 de septiembre de 2017. Pero antes de atender a lo señalado por estos tribunales debemos concretar el concepto y naturaleza de la figura objeto de este análisis.

## II. PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN MONEDA EXTRANJERA Y MULTIDIVISA

### 1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Dentro de los contratos de préstamo en moneda extranjera podemos encontrarnos con las siguientes modalidades<sup>2</sup>:

- a) Se concede un préstamo en el que las operaciones de entrega y devolución del capital prestado (e intereses en el caso de devolución) se hace en moneda extranjera.
- b) La divisa elegida como referencia para el préstamo es una moneda extranjera diferente al del país del que es residente el prestatario, quien deberá abonar las cuotas de amortización del préstamo en su divisa nacional, lo que conlleva que deba realizarse una conversión de moneda.
- c) Y si se permite al prestatario pasar de una divisa a otra según la evolución de las distintas monedas aplicando el cambio correspondiente, entonces nos encontramos con el préstamo multidivisa.

El Tribunal Supremo en la STS de 30 de junio de 2015 advirtió de que lo que se venía denominando como «hipoteca multidivisa» es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el

Libor (*London Interbank Offerd Rate*, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

Pero el Libor no es un índice de referencia oficial en España y los prestatarios no cuentan con información específica y actualizada de fácil acceso sobre el mismo; e igualmente deben estar permanentemente pendientes de las fluctuaciones del valor de las divisas y de los tipos de cambio (información difícilmente accesible y comprensible para un consumidor)<sup>3</sup>.

La comercialización de este tipo de productos inicialmente se enmarcó en las relaciones comerciales internacionales entre empresas. Pero posteriormente se extendió a clientes no empresarios ni profesionales, es decir, a clientes minoristas, como una oportunidad de obtener préstamos en moneda extranjera para beneficiarse de tasas de inflación y tipos de interés más bajos existentes en otros países o con una estabilidad entre la divisa extranjera y el euro<sup>4</sup>. Así, por ejemplo, la representación del préstamo en divisa extranjera ha sido habitual con referencia a yenes japoneses y francos suizos. Así se advirtió en la STS de 30 de junio de 2015: «el atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo».

Riesgo propio de este tipo de productos o contratos en los que la prestación se representa bajo una divisa distinta a la del país del que es nacional el prestatario es que el tipo de cambio fluctúe, cambie, y esa variación puede afectar a la cantidad que tenga que satisfacer; que puede aumentar o disminuir. Según señala NAVAS NAVARRO, «el tipo de cambio en cada momento depende, por un lado, del tipo de interés y, por otro, de la inflación de los países cuyas divisas se relacionan. Además, intervienen otros factores que afectan a la fijación del tipo de cambio de una divisa respecto de otra, cuales son la oferta de activos financieros, el cambio en los recursos, el comercio, las normas jurídicas internacionales, la intervención de los bancos centrales y las expectativas e incertidumbres propias de los mercados financieros debidas a las decisiones que los diferentes agentes que intervienen en los mismos adoptan»<sup>5</sup>.

Al interés variable típico aplicable a cualquier préstamo hipotecario habitual, en estos casos se añade el factor de riesgo de fluctuación de la divisa a que se refiere el préstamo, lo que tendrá un impacto muy relevante en el contrato a niveles económicos<sup>6</sup>. Como advierte BORRALLO FERNÁNDEZ, «las implicaciones de la diferencia entre la moneda nacional del prestatario, que es la moneda en la que el consumidor opera en el mercado y desarrolla su vida cotidiana (en ella recibe sus ingresos y tiene sus activos), y la moneda del crédito, son esenciales. Hay que tener en cuenta que la hipoteca se contrata en moneda extranjera, por lo que tanto las cuotas como la deuda son en dicha moneda. Así el tipo de cambio diferencial entre la moneda de la hipoteca y la moneda del cliente se convierte en un elemento nuevo dentro del funcionamiento del contrato hipotecario que puede dar lugar a efectos perversos. Tanto es así que, una subida del tipo de cambio de la moneda de referencia daría lugar, no solo a un aumento de la cuota mensual, sino también a un aumento de la deuda pendiente en su contravalor en euros. Circunstancia de suma complejidad [...]. Además de las fluctuaciones normales del mercado, las monedas se ven sometidas a enormes presiones alcistas o bajistas dependiendo de los movimientos del mercado internacional y de la política monetaria del gobierno del país en cuestión. Las devaluaciones y apreciaciones

son algo frecuentes y se dan a lo largo del tiempo, por lo que, tenemos que tener en cuenta que en este tipo de préstamos el tiempo es un factor clave»<sup>7</sup>.

Esa fluctuación de los tipos de cambio puede perjudicar el valor en euros de las cuotas amortizadas, pero además puede llevar a un recálculo constante del capital prestado «que no es una cantidad fija, sino una representación en la divisa elegida de los euros recibidos que se recalcula cada mes en función del tipo de cambio»<sup>8</sup>. De modo que «el eventual beneficio que resulta del ahorro en el tipo de interés (LIBOR) puede quedar neutralizado con el riesgo de sobrecoste de amortización del capital si este queda sometido al mencionado sistema de recálculo permanente»<sup>9</sup>.

## 2. NATURALEZA

Con respecto a la naturaleza de este tipo de contrato en el ámbito financiero y la normativa aplicable, el Tribunal Supremo ha modificado en la reciente STS (Pleno) de 15 de noviembre de 2017 su doctrina emitida en la STS (Pleno) de 30 de junio de 2015, como consecuencia de la jurisprudencia emanada del TJUE.

En la STS de 30 de junio de 2015 se afirmaba que este contrato era un instrumento financiero consistente en un producto derivado complejo, sujeto a la Ley del Mercado de Valores<sup>10</sup> y a la normativa MiFID.

Sin embargo, el TJUE en su sentencia de 3 de diciembre de 2015 (caso *Banif Plus Bank*, C-312/14) consideró que las operaciones de cambio efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas no constituyen un instrumento financiero distinto al propio préstamo del que son meramente accesorias (a la concesión y reembolso de las cantidades prestadas), sino simplemente una forma indisociable de ejecución de tal préstamo y concreción del importe del préstamo y de las cuotas de amortización<sup>11</sup>.

Consecuencia de esta doctrina del TJUE, el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017 modifica su criterio y acoge esa doctrina del tribunal comunitario concluyendo que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores, ni tampoco por la normativa MiFID, y, por tanto, no deben cumplirse los estrictos deberes de información por parte del profesional previstos en la normativa reguladora del Mercado de Valores.

No obstante esto, se sigue considerando como un producto complejo a efectos del control de transparencia, debiendo sujetarse las entidades prestamistas a las obligaciones de información que establecen las normas de transparencia bancaria y la normativa de protección de consumidores cuando el prestatario tenga tal condición; y en ese sentido el Tribunal Supremo acoge la doctrina señalada por el TJUE en su sentencia de 20 de septiembre de 2017 (caso *Andriciuc*, C-186/16), tal y como expondremos más adelante.

## III. CONTROL DE LAS CLÁUSULAS DE REFERENCIA A DIVISAS EXTRANJERAS

### 1. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS RELATIVAS AL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO

La consideración o no como condición general de la contratación de la cláusula litigiosa es una de las primeras cuestiones a concretar en todo supuesto

en el que se plantea la nulidad por abusividad de una cláusula. La calificación como tal es precisa en la medida que la declaración de abusividad y, por ende, la nulidad por tal motivo pretendidas por los demandantes en estos supuestos cabría en cuanto se tratase de cláusulas no negociadas individualmente, pues son las condiciones generales de la contratación relativas a elementos esenciales del contrato las que se encuentran sujetas a esos especiales controles de incorporación y de transparencia que han sido el mecanismo esencial sobre el que ha basado nuestro Tribunal Supremo en los últimos años sus resoluciones en materia de protección de consumidores frente a cláusulas litigiosas en préstamos fundamentalmente hipotecarios: SSTs de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2013, de 9 de marzo de 2017 y de 8 de junio de 2017, entre otras.

Como punto de partida en esta cuestión debemos tener en cuenta lo previsto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) que en su artículo 1 señala: «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».

Por tanto, se vincula la existencia de estas cláusulas a las siguientes notas: i) prerredacción e incorporación unilateral de las mismas por una de las partes del contrato (predisponente) y, por tanto, en contratos de mera adhesión (sin posibilidad de negociación respecto de esas cláusulas por la otra parte contratante —adherente, sea consumidor o no, pero con una protección especial en caso de serlo—); y ii) utilización en la llamada contratación en masa o seriada (STS de 18 de junio de 2012).

Por su parte, en el ámbito de la protección de los consumidores, la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ya advertía 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» (art. 3.2 de la referida Directiva), debiendo destacar que la efectiva existencia de negociación individual de una cláusula será carga de la prueba del profesional o empresario que la alegue.

Dentro de nuestra jurisprudencia, cabe destacar los requisitos señalados en la STS de 9 de mayo de 2013, para que una cláusula se considere como condición general de la contratación:

- a) contractualidad (que sean cláusulas contractuales, no incorporadas en cumplimiento de una norma imperativa);
- b) predisposición (prerredactada por una de las partes, de modo que no es consecuencia de un acuerdo ni negociación previa);
- c) imposición (la cláusula se impone por el empresario al adherente, de modo que este no puede más que acatarse a la inclusión de la cláusula o no acceder al bien o servicio objeto del contrato);
- d) generalidad o pluralidad de contratos a los que esa misma cláusula se ha incorporado; y
- e) resulta irrelevante la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias y que el adherente sea un profesional o consumidor.

Por otro lado, en el marco de la declaración de las cláusulas no negociadas individualmente como abusivas, tanto la Directiva 93/13/CEE, en su artículo 3.1, como el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLCU) ponen el acento en que esa cláusula implique, en contra de la buena fe, un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato.

Por lo que se refiere a las cláusulas controvertidas en estos casos de préstamos multidivisa, el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017 descarta que se hubieran negociado individualmente, advirtiendo incluso que nada consta sobre que fueran los prestatarios quienes hicieran la selección inicial de la divisa en la que se representó el préstamo. Según advierte, «que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo (la que los prestatarios necesitaban refinanciar), el plazo de devolución, incluso la presencia del elemento «divisa extranjera» que justificaba un interés más bajo de lo habitual en el mercado para los préstamos en euros (que es lo que hacía atractivo el préstamo), no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y, en concreto, el modo en que operaba ese elemento «divisa extranjera» en la economía del contrato (tipos de cambio de la entrega del capital, del reembolso de las cuotas y del cambio de una divisa a otra, repercusiones concretas del riesgo de fluctuación de la divisa, recálculo de la equivalencia en euros del capital denominado en divisas según la fluctuación de esta, consolidación de la equivalencia en euros, o en la otra divisa escogida, del capital pendiente de amortizar, con la revalorización derivada de la fluctuación de la divisa, en caso de cambio de una divisa a otra, etc.) y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en la ejecución del contrato».

Expuesto lo anterior, cabe aludir asimismo a la doctrina consolidada ya desde la citada STS de 9 de mayo de 2013, y reiterada en sentencias posteriores (como, entre otras, las SSTS de 8 de septiembre de 2013, de 9 de marzo de 2017 y de 8 de junio de 2017), además de doctrina del TJUE (como la sentencia de 30 de abril de 2014, caso *Kásler* C-26/13, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, casos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, y la sentencia de 20 de septiembre de 2017, caso *Andriuc* C-186-16) en relación a las condiciones generales relativas a elementos esenciales del contrato y su control.

Conforme a esta doctrina jurisprudencial, en este tipo de cláusulas o condiciones generales sobre el objeto principal del contrato no cabría control de abusividad por su contenido, pero sí un control de transparencia doble concretado en:

i) por un lado, un control formal de incorporación, exigible para toda condición general de la contratación (que exigiría el cumplimiento de los requisitos formales previstos en los arts. 5 y 7 LCGC, sobre transparencia, claridad, concreción y sencillez en la redacción de la cláusula, y efectiva aportación o puesta a disposición al adherente de tal cláusula y demás condiciones generales de la contratación, así como los deberes formales exigidos por la normativa sectorial bancaria);

ii) y, por otro lado, un control de transparencia material, como parámetro abstracto de validez en correspondencia con el estándar de formación de un consumidor medio, que atiende a la incidencia que ha podido tener la inclusión de esa cláusula en la defraudación de la expectativa legítima del consumidor sobre la oferta o contrato que pensaba estaba celebrando, y con el que se pretende, fundamentalmente, comprobar que el deudor adherente conoce efectiva y



realmente tanto la carga económica (onerosidad) del contrato que va a suscribir, como la carga jurídica (su posición jurídica y los riesgos asumidos) y comprende la posible incidencia de tal cláusula en su obligación de pago y el desarrollo económico del contrato, lo cual exige un plus de información por parte de la entidad financiera predisponente (especialmente en la fase precontractual) conforme a la cual el consumidor esté en condiciones para poder comparar distintas ofertas de productos similares y poder adoptar consciente y voluntariamente una decisión al respecto de la efectiva contratación.

Por ello, el elemento del contrato que presente una especial complejidad deberá ser objeto de una información plena y comprensible de cara a la formación y perfección del contrato (entre otras, STS de 8 de septiembre de 2013).

A este respecto, cabe advertir que estas cláusulas contractuales incluidas en préstamos denominados en divisas extranjeras por las que se determina el modo y divisa en que debe reembolsarse ese préstamo, se han calificado como cláusulas relativas al objeto principal del contrato expresamente por el TJUE en su sentencia de 20 de septiembre de 2017 (caso *Andriiciuc*, C-186/16), pues regula una prestación esencial que caracteriza ese contrato. Igualmente, el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de noviembre de 2017 las califica como cláusulas que definen el objeto principal del contrato por cuanto a través de ellas se fija la «moneda nominal» (divisa en la que se denominó el préstamo en el contrato) y la «moneda funcional» (divisa en la que el prestatario recibió efectivamente el importe del préstamo y en la que abona las cuotas de amortización periódica del préstamo) del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar; por tanto, según esta STS, «configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato».

Procederemos en el siguiente apartado a analizar los pormenores de ese control de las cláusulas de referencia a divisas extranjeras en préstamos hipotecarios a consumidores y, concretamente, los argumentos expuestos a este respecto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017.

## 2. CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LOS PRÉSTAMOS MULTIDIVISA

Como se ha indicado, en cuanto que se trata de cláusulas que definen el objeto principal del contrato y regula una prestación esencial del mismo, sobre estas cláusulas referidas a la divisa en que queda representado nominalmente el préstamo, a la divisa en que debe amortizarse el mismo, al modo de calcular la equivalencia entre divisas y al tipo de cambio determinado, existe un especial deber de transparencia por el predisponente prestamista en los contratos celebrados con un consumidor. Y en el marco de ese deber de transparencia la información precontractual aportada al consumidor es esencial, pues es en esa fase previa a la contratación en la que se adopta la decisión de contratar o no, y es fundamental que esa decisión se haya adoptado con plena consciencia de la carga que se va a asumir por el consumidor con ese contrato (entre otras, SSTJUE de 21 de marzo de 2013, caso *RWE Vertrieb* C-92/11 y de 30 de abril de 2014, caso *Kásler* C-26/13).

No solo se exige que la cláusula esté redactada de forma clara y comprensible gramaticalmente, sino que se exige que las entidades aporten información suficiente al consumidor para que puedan tomar decisiones fundadas, conscientes y prudentes atendiendo a sus circunstancias con conocimiento de qué carga asumirán con el contrato en caso de que lo firmen efectivamente. La STJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso *Andriuc*, C-186/16) en su fallo segundo concluyó que esta exigencia implica que este tipo de cláusulas de reembolso del préstamo en divisas extranjeras deben ser comprendidas por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, «de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no solo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras», correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto.

Y a este respecto, la STS de 15 de noviembre de 2017 determina que la entidad financiera no prestó una información suficiente al prestatario consumidor. Advierte de que en este caso no existió esa información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo, puesto que no se les entregó ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo y la comercial de la entidad prestamista que les atendió carecía de la formación necesaria para poder explicar adecuadamente esos extremos del contrato. En relación con esto, recuerda asimismo su doctrina respecto a la inclusión unilateral por la entidad dentro del condicionado general del contrato de una cláusula predispuesta en la que se afirmaba genéricamente que los prestatarios conocían los riesgos del cambio de moneda que conllevaba el préstamo (sin ni siquiera concretar esos riesgos). El contenido de esa cláusula quedaba contradicho por los hechos probados de que no se entregó ninguna información por escrito a los prestatarios y la falta de formación de la comercial que les atendió. Y por ello, esas cláusulas predispuestas de reconocimiento de estar informados resultan ineficaces (entre otras, SSTS de 18 de abril de 2013 y 25 de mayo de 2017)<sup>12</sup>.

En concreto, el Tribunal Supremo señala que no se explicó adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa extranjera en que se denomina el préstamo. Advierte el Tribunal Supremo que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero, y he aquí la clave central del litigio y de las exigencias de información en aras de un control de transparencia de estas cláusulas, «no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos»<sup>13</sup>. Esto es lo que sucedió en el caso objeto del recurso de casación resuelto por esta STS de 15 de noviembre de 2017: por efecto de la fluctuación de las divisas, y a pesar de la bajada de los tipos de interés,

los prestatarios tuvieron que abonar con posterioridad cuotas muy superiores a la cuota inicial (hasta en un 50 % superior), lo que les llevó en un determinado momento a no poder afrontar el pago de las cuotas.

Pero no solo debía haberse informado de estos riesgos: también debió haberse advertido a los prestatarios de que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado «puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio». Y es que si se devalúa de modo importante la moneda funcional (que es en la que el prestatario obtiene los ingresos y abona las cuotas de amortización del préstamo), la equivalencia con respecto a la divisa o moneda nominal se incrementa notablemente y con ello el importe del capital pendiente de amortizar (lo cual puede suponer un gran impacto cuando se pretende una amortización total del préstamo para cancelar la hipoteca y así enajenar el inmueble hipotecado libre de cargas o cuando el banco da por vencido el crédito anticipadamente, pues el prestatario se encuentra con la obligación de abonar de una sola vez una cantidad muy superior a la esperada). Y eso sucedió en el caso analizado en la STS de 15 de noviembre de 2017: la moneda nominal eran yenes japoneses y la moneda funcional el euro; los prestatarios fueron abonando durante varios años las cuotas mensuales de amortización previstas, y dentro de la lógica y percepción común a un consumidor medio, pensaron que el importe del préstamo pendiente de amortizar se iba disminuyendo; pero cuando se dio por vencido anticipadamente el préstamo por el banco se encontraron que, como consecuencia de la importante devaluación del euro frente al yen, el importe del capital prestado en su equivalencia en euros se había incrementado notablemente pues, siendo inicialmente de 260.755 euros, cuatro años después era de 404.323,04 euros; por tanto, la carga económica que el préstamo suponía para estos consumidores se incrementó considerablemente respecto de lo que entendieron que asumían al firmar el contrato.

De este riesgo de recálculo al alza del capital prestado no se informó oportunamente a los prestatarios. Como tampoco se les informó de riesgos asociados como los derivados del reconocimiento de la facultad de vencimiento anticipado del préstamo por el banco por causas asociadas a la propia fluctuación de las divisas y su equivalencia y concretamente de la devaluación por encima de ciertos límites de la moneda funcional respecto a la nominal: el prestatario en estos casos se veía abocado, sin haber él incumplido el contrato, a abonar directamente y de una sola vez todo el capital pendiente de amortizar (que, conforme se ha indicado antes, puede ser incluso superior al inicialmente recibido).

Toda esta información era esencial para que pudieran haber comprendido los efectos de esas fluctuaciones de las divisas en sus cuotas de amortización, en el capital real pendiente de abonar y, en definitiva, para comprender efectivamente qué derechos y obligaciones y qué carga (económica y jurídica) asumían con la firma del contrato, y de esa forma poder comparar productos ofertados y las ventajas e inconvenientes de cada uno para su situación y con ello poder decidir consciente y prudentemente cuál era la opción que mejor les convenía. Habiéndose omitido tal información al consumidor, debe concluirse, como hace el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017, que no se ha superado el control de transparencia en esas cláusulas de denominación en divisa del préstamo y relativas a la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar.

Y esa falta de transparencia implica un grave desequilibrio para el consumidor, contrario a las exigencias de la buena fe, pues ante la falta de información

de los riesgos efectivos que la contratación de ese préstamo supone no puede comparar las diversas ofertas u opciones que tiene en el mercado, e incluso dentro de la misma entidad.

Por otro lado, el carácter abusivo de estas cláusulas consecuencia de esa falta de información previa al prestatario por la entidad financiera y, en definitiva, por su falta de transparencia no se ve eliminado por el hecho de que conste en el contrato la posibilidad concedida al prestatario de cambiar la moneda del contrato, incluida la moneda en la que percibe el prestatario sus ingresos. Y ello por cuanto en el momento en que se proceda a ese cambio de divisa se consolidará la revalorización de la divisa, el significativo incremento de la cuota o incluso del capital y la equivalencia entre las divisas nominal y funcional que se había producido anteriormente; dentro de esa falta de transparencia hay que añadir el hecho de que tampoco se informa al consumidor prestatario de que esto sucederá cuando proceda al cambio de la divisa en que se represente el préstamo; si desconoce que se producirá la consolidación de la revalorización de la divisa en que se denominó el préstamo, y al entender que la cuota mensual es ya alta proceda a hacer el cambio de divisa, puede encontrarse con que el capital pendiente de amortizar haya aumentado de forma considerable. Además, al margen de que para ejercer tal posibilidad el consumidor deberá estar al corriente de pago y habitualmente tendrá la obligación de abonar una comisión por ese cambio de divisa nominal, en los contratos normalmente se señala unos momentos concretos durante la vigencia del contrato en los que puede procederse a hacer el cambio de divisa: esto implica que para cuando pueda ejercerse esa opción ya la devaluación de la moneda funcional sea evidente y no pueda ya evitarse los perjuicios por equivalencia de divisas tras el cambio; y en todo caso, implica una exigencia de que el consumidor esté al tanto del mercado de divisas, tenga conocimientos al respecto y pueda predecir comportamientos futuros de distintas divisas para que pueda realmente aprovechar esa posibilidad que se le reconoce, o bien la exigencia de que se le informe oportunamente antes de la firma del contrato y durante la ejecución del mismo de forma adecuada para ejercer esa facultad.

Como puede observarse, pese a la existencia de una cláusula como está que permita un cambio de divisa durante la vigencia del contrato como mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación de divisas, lo cierto es que sin información concreta previa que permita al consumidor prestatario conocer claramente los efectos reales de esas cláusulas y de todos los riesgos que se asumirán en el contrato, la falta de transparencia por la imposibilidad de comprensibilidad real material de la carga económica y financiera asumida con la firma del contrato sigue latente.

Como consecuencia de entender que no se supera el control de transparencia en estas cláusulas de referencia a divisas del préstamo el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017 casa la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial y confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. Y, con ello, se declara la nulidad parcial del contrato eliminando las referencias del mismo a la denominación en divisas del préstamo, que pasará a convertirse en un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.

Aun cuando los efectos de esa declaración de nulidad deberían concretarse en dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, para que no afecte al consumidor, sin que quepa la moderación ni integración del contrato (SSTJUE de 14 de junio de 2012, caso *Banesto* C-618/2010, de 30 de mayo de 2013, caso *Asbeek Brusse y de Man Garabito* C-488/11, y 21 de enero de 2015, casos acumulados *Unicaja y Caixabank*, C-482/13, C-484-13, C-485/13 y C-487/13), en este caso, en

atención a los intereses del consumidor; se ha optado por la nulidad parcial y no total, y la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que ya preveía la posibilidad de que se denominase el préstamo y el capital en euros) y que responde a las exigencias de nuestro ordenamiento de que toda obligación dineraria denomine las cantidades objeto de prestación bajo una determinada unidad monetaria (cfr. STJUE de 30 de abril de 2014, caso *Kásler*, C-26/13).

La nulidad total, conforme advierte el Tribunal Supremo en esta sentencia de 13 de noviembre de 2017, supondría un perjuicio mayor para el consumidor que para el predisponente pues conllevaría la obligación de tener que devolver de una sola vez la totalidad de las cantidades del préstamo pendientes de amortizar. Además, si se eliminase totalmente la cláusula en la que se recoge el importe del capital prestado, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio al abonarse las cuotas en euros, el contrato como tal no podía subsistir, pues se precisa la denominación en una determinada moneda de la cantidad prestada y de las cuotas mensuales abonadas para concretar en todo caso la cantidad pendiente de amortizar.

#### IV. CONCLUSIONES

I. Los préstamos hipotecarios multidivisa no pueden ser considerados como instrumentos financieros distintos al propio préstamo, sino que se trata de mecanismos de concreción de la ejecución del contrato y como tales no son un producto distinto a aquel. En consecuencia, no están sujetos a la normativa del Mercado de Valores ni a la MiFID. Pero sí que son considerados como productos complejos a efectos del control de transparencia, debiendo sujetarse las entidades prestamistas a las obligaciones de información que establecen las normas de transparencia bancaria y la normativa de protección de consumidores cuando el prestatario tenga tal condición.

II. De nuevo en el caso de las cláusulas de denominación en divisa extranjera del préstamo hipotecario, concreción de su equivalencia en euros y fijación del mecanismo de cambio de divisa, se ha materializado el control de transparencia, consolidado entre nuestra jurisprudencia como la vía de expulsión de los contratos con consumidores de aquellas cláusulas no negociadas individualmente que afectan al objeto principal del contrato.

III. En ese control de transparencia resulta esencial no solo que la cláusula sea clara y comprensible gramaticalmente sino que el consumidor pueda conocer y comprender desde el principio con plena consciencia cuál es la carga y posición que asumirá con la firma del contrato: qué derechos y obligaciones se derivan para él y, en definitiva, cuál es la carga económica y jurídica que le supondrá el contrato. Se trata de lograr que el consumidor pueda comparar oportunamente los diferentes productos ofrecidos en el mercado del crédito y tomar una decisión prudente y fundada acerca de la efectiva contratación o no de ese concreto préstamo.

IV. Fundamental en todo ello es atender a la información precontractual proporcionada por la entidad al consumidor acerca de la carga y los riesgos asumidos con el contrato que se pretende celebrar.

V. En el marco de los préstamos hipotecarios multidivisa los riesgos se concretan sobre todo en la fluctuación de la divisa en que viene denominado el préstamo y, en su caso, la equivalencia con la divisa diferente especificada

como moneda de entrega del préstamo y de pago de su devolución, así como en el recálculo constante que ello supone del capital prestado. Esas fluctuaciones pueden llevar a aumentos considerables de la cuota de amortización a lo largo de la vigencia del contrato, pero también a un incremento significativo del capital pendiente de amortizar, a raíz de devaluaciones de la moneda de pago en relación con la moneda nominal en que se representa originalmente el préstamo. Y eso puede afectar de modo muy relevante a la capacidad del prestatario para hacer frente al pago del préstamo. E igualmente puede resultar relevante en el marco de los supuestos de ejercicio por la entidad prestamista de la facultad de vencimiento anticipado del crédito, en ocasiones por causas que incluso vienen determinadas por las fluctuaciones de las divisas y depreciaciones hasta un determinado nivel.

VI. Un consumidor medio puede ser consciente de que esas divisas extranjeras pueden fluctuar y pueden implicar cierta variabilidad de las cuotas de amortización periódicas; pero no tiene porqué representarse por sí mismo que esas fluctuaciones pueden determinar que no pueda afrontar el pago del préstamo o que pese a estar cumpliendo y abonando las cuotas de amortización periódicas por capital e intereses, no obstante, el capital pendiente de amortizar crezca de modo tan relevante. Si no se le informa oportuna y claramente de esos riesgos antes de la firma del contrato se produce un desequilibrio entre las partes, no pudiendo el consumidor adoptar una decisión plenamente consciente sobre si ese concreto producto precisamente es el que se ajusta a sus intereses y circunstancias.

VII. El que se incluya en el contrato una cláusula por la que se concede al consumidor la posibilidad de cambiar de divisa, o incluso fijar como divisa en que se representa el crédito la misma con la que se hacen las entregas y reembolsos, no elimina la obligación de cumplir con esos deberes de información previa necesarios para conseguir que el consumidor adopte una decisión consciente, fundada y prudente sobre la contratación del préstamo.

VIII. En la STS de 15 de noviembre de 2017 la consecuencia que se fija a la declaración de abusividad por falta de transparencia de las cláusulas de referencia a divisa extranjera no es la nulidad total, que se entiende perjudicaría al consumidor; sino la nulidad parcial sustituyendo las referencias de la cláusula a divisas extranjeras por la referencia al euro; una sustitución que se encuentra apoyada por las propias previsiones del contrato, y también por las exigencias de normas nacionales.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 21 de marzo de 2013
- STJUE de 30 de abril de 2014
- STJUE de 18 de diciembre de 2014
- STJUE de 3 de diciembre de 2015
- STJUE de 21 de diciembre de 2016
- STJUE de 20 de septiembre de 2017
- STS de 18 de junio de 2012
- STS de 18 de abril de 2013
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 8 de septiembre de 2013
- STS de 30 de junio de 2015
- STS de 9 de marzo de 2017

- STS de 25 de mayo de 2017
- STS de 8 de junio de 2017
- STS de 15 de noviembre de 2017

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2017). Cláusulas de moneda o divisa extranjera en contratos de préstamos bancarios. *Especial Diario La Ley Unión Europea*, núm. 53, noviembre.
- BORRALLO FERNÁNDEZ, C. (2016). La problemática de las hipotecas multidivisa: novedades jurisprudenciales. *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre.
- NAVAS NAVARRO, S. (2015). Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14, [trabajo disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/798/661>].

## NOTAS

<sup>1</sup> También han existido pronunciamientos en relación a prestatarios no consumidores, pero en estos casos para advertir de que no cuentan con la misma protección prevista para consumidores ni el control de transparencia tal y como se ha venido configurando por la jurisprudencia; aunque analizando también el caso concreto y el cumplimiento de los requisitos del control de incorporación previsto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC) y demás normas y exigencias contractuales como la buena fe: entre otras, STS de 3 de junio de 2016 en relación a las cláusulas suelo.

<sup>2</sup> Vid. ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2017). Cláusulas de moneda o divisa extranjera en contratos de préstamos bancarios. *Especial Diario La Ley Unión Europea*, núm. 53, noviembre.

<sup>3</sup> Vid. BORRALLO FERNÁNDEZ, C. (2016). La problemática de las hipotecas multidivisa: novedades jurisprudenciales. *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre.

<sup>4</sup> Vid. NAVAS NAVARRO, S. (2015). Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14, 135 [disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/798/661>].

<sup>5</sup> NAVAS NAVARRO, S. (2015). Cláusula sobre divisa extranjera..., *op. cit.*, 134.

<sup>6</sup> La STS de 30 de junio de 2015 señaló al respecto de los riesgos de este tipo de productos: «Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Esta modalidad de préstamo utilizado para la finan-

ciación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas «hipotecas multidivisa» se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos».

<sup>7</sup> BORRALLO FERNÁNDEZ, C. (2016). La problemática..., *op. cit.*

<sup>8</sup> BORRALLO FERNÁNDEZ, C. (2016). La problemática..., *op. cit.*

<sup>9</sup> BORRALLO FERNÁNDEZ, C. (2016). La problemática..., *op. cit.*

<sup>10</sup> En los casos objeto de las sentencias la normativa sobre mercado de valores venía representada por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que posteriormente fue derogada para incorporarse al Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

<sup>11</sup> Conforme a esta STJUE de 3 de diciembre de 2015 (caso *Banif Plus Bank*, asunto C-312/14) el artículo 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que «no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consiste en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad» [...] «Además, en un contrato de préstamo denominado en divisas no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de esta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero».

<sup>12</sup> La STJUE de 18 de diciembre de 2014 (caso *Bakkaus*, C-449-13) señaló que «si una cláusula predispuesta por el empresario en la que el consumidor reconoce haber recibido la información sobre el contrato significara, en virtud del Derecho nacional, el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista, originaría como consecuencia una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que podría perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos al consumidor por la Directiva, por lo que las disposiciones de esta se oponen a que, en razón de una cláusula tipo, el juez deba considerar que el consumidor ha reconocido el pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales que incumben al prestamista, de modo que esa cláusula origine así una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que pueda perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva».

<sup>13</sup> De ahí que la STJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso *Andriuc*, C-186/16), exija una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa en la que se denominó el préstamo.



## 1.6. Responsabilidad civil

# Derecho de daños y derecho antidiscriminatorio: estereotipos y discriminación por género, edad y discapacidad

## *Tort law and non-discriminatory law: stereotypes and gender, age and disability discrimination*

por

ISABEL ESPÍN ALBA

*Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Santiago de Compostela*

**RESUMEN:** El derecho antidiscriminatorio europeo se ha construido sobre la base de la consecución de la igualdad efectiva por medio de iniciativas transversales de eliminación de la discriminación en sus diferentes facetas. Centrada inicialmente en las políticas públicas de igualdad, las medidas no discriminatorias han penetrado —aunque más lentamente— también en la esfera del derecho privado. Sectores más permeables a esta perspectiva como el derecho del trabajo o el derecho de familia, con todo, no guardan la exclusividad de la acción antidiscriminatoria. En este trabajo se analiza en clave dogmática, a partir del estudio de una serie de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un aspecto poco tratado por la doctrina especializada en género. La discriminación múltiple que pueden sufrir las mujeres, mayores y con algún tipo de discapacidad, en el ámbito del derecho de daños, debido a los estereotipos de género.

**ABSTRACT:** *European anti-discrimination law has been constructed on achieving effective equality through cross-cutting initiatives to eliminate discrimination in its different facets. Initially focused on public equality policies, non-discriminatory measures have spread —although more slowly than that— also in the sphere of private law. Law fields more permeable to this perspective such as labor law or family law, however, do not keep the exclusivity of the anti-discriminatory action. In this paper, a dogmatic approach is analyzed, based on the study of a series of judgments of the European Court of Human Rights, an issue not well studied by the specialized doctrine on gender: The multiple discrimination that older and disability women, may suffer in the area of tort law, due to gender stereotypes.*

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de daños. Derecho antidiscriminatorio. Daño moral. Negligencia médica. Estereotipos de género. Discriminación múltiple. Discriminación interseccional. Discriminación por género. Discriminación por edad. Discriminación por discapacidad.

*KEY WORDS: Tort law. Non-discriminatory law. Non-pecuniary loss. Medical negligence. Gender stereotypes. Multiple discrimination. Interseccional discrimination. Gender discrimination. Age discrimination. Disability discrimination.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO GENERAL: 1. GÉNERO, EDAD Y DISCAPACIDAD. 2. DAÑOS Y DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO.—II. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE Y ESTEREOTIPOS. 1. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE. 2. ESTEREOTIPOS.—III. ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. CASOS EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—IV. EL CASO CARVALHO PINTO DE SOUSA MORAIS CONTRA PORTUGAL: 1. HECHOS. 2. LA DEMANDA Y EL FALLO. 3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL FALLO: JUICIO COMPARATIVO Y ESTEREOTIPOS. 4. OPINIONES DISIDENTES Y CONCORDANTES. 5. VALORACIÓN CRÍTICA.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS.

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El presente estudio se centra en el análisis sobre la edad como factor añadido a la discriminación por razón de género, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en particular, analiza el caso Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal (STEDH de 25 de julio de 2017). Este asunto tiene especial interés porque trata de una cuestión de discriminación múltiple o interseccional y de utilización de estereotipos de género. No valora el carácter discriminatorio de una norma —como ocurre, por ejemplo, en el caso Konstantin Markin contra Rusia o en el caso DH y otros contra República Checa—, sino que examina el resultado de la aplicación judicial de los estereotipos de género, en particular, su utilización en la fijación de la indemnización de unos daños causados por una negligencia médica, en un juicio de responsabilidad civil. También es interesante por lo que no dice, pues a pesar de que la demandante tenía una discapacidad, no se tuvo en cuenta este aspecto en la valoración de los daños.

### 1. GÉNERO, EDAD Y DISCAPACIDAD

El envejecimiento de la población europea es un tema que ocupa un lugar destacado en la agenda comunitaria (SPANIER et al, 2013), y no es ajena a la misma que se pueda hablar de una feminización del envejecimiento (PÉREZ VALLEJO, 2016, 446). De ahí que se pongan en marcha una serie de políticas públicas marcadas por el análisis de la perspectiva de género relacionadas con las prestaciones sanitarias y asistenciales.

No existe un consenso sobre a partir de qué edad se puede considerar una persona mayor, ya que la longevidad del ciclo vital del envejecimiento en las sociedades más avanzadas provoca cambios rápidos en la percepción de la vejez. Es un umbral móvil, muy relacionado con la esperanza de vida y con la mejora de las condiciones sociales (MORETÓN SANZ, 2007).

El criterio utilizado por la ONU reserva la calificación de persona adulta mayor para aquellos que han alcanzado los 60 años, dejando el término ancian-

no para los mayores de 70, mientras que en el ámbito comunitario están más extendidos los parámetros del Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones» de 16 de marzo de 2005 (seguidos por GETE ALONSO, 2012, 169 y PÉREZ VALLEJO, 2016, 447), que se refiere a trabajadores de edad (55 a 64 años), personas mayores (65 a 79 años), y a ancianos (a partir de los 80).

Con este trasfondo social y demográfico, la interrelación entre edad, mujeres y discapacidad tiende a situarse entre las principales preocupaciones sociales, y no puede ser tratada de modo compartimentado (MORETÓN SANZ, 2014). Por lo pronto, desde una perspectiva de políticas públicas comunitarias, los tres enfoques no deben disociarse, pues como recuerda PÉREZ VALLEJO (2013, 447), a mayor edad, peor salud y mayores dependencias.

Desde el punto de vista del derecho antidiscriminatorio, era previsible un aumento de la litigiosidad sobre la justificación de las diferencias de trato por motivos de edad, premisa que se complica si la persona discriminada reúne la condición de mujer y de persona con discapacidad, como ocurre en el citado Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal. Para dar respuesta a este tipo de conflicto, el TEDH ha introducido dos perspectivas que aquí se aprecian: la discriminación múltiple o interseccional, por una parte, y los estereotipos —particularmente aquellos relativos al género— para la evaluación de los posibles supuestos de discriminación.

## 2. DAÑOS Y DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

La referencia al derecho de daños en este trabajo no es tanto a la indemnización por discriminación, sino más bien, a la luz del Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais, a la discriminación en la indemnización. Es decir, cómo la utilización de estereotipos puede resultar discriminatoria en el cálculo de una indemnización por daños materiales y morales.

En efecto, la referida sentencia es pionera en este enfoque.

Hasta la fecha, la conexión entre derecho antidiscriminatorio y el derecho de daños estuvo en los remedios puestos a disposición de la persona que sufre discriminación. Así el artículo 10 de la Ley Orgánica de Igualdad dispone que «Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias». Bajo esta óptica, existe una amplia doctrina jurisprudencial, principalmente en el ámbito laboral, y son muchos los desafíos doctrinales que presenta, como por ejemplo, la posible configuración de unos *punitive damages* con valor disuasorio y preventivo o el eventual aumento de las indemnizaciones en los casos de discriminación múltiple (DE LAMA AYMA 2013, 310).

Con todo, desde el punto de vista de la discriminación en la fijación de la indemnización, nos encontramos con normas jurídicas pretendidamente neutrales desde una perspectiva de género o de cualquier otro factor de discriminación —como el artículo 1902 del Código Civil—. En consecuencia, aquí el foco debe ponerse en la aplicación de las normas, es decir, en el tratamiento que dan los tribunales ante la existencia de estereotipos o prejuicios hacia determinados colec-

tivos o características de las personas. Todo ello con el fin de evitar resoluciones judiciales discriminatorias.

## II. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE Y ESTEREOTIPOS

En una sociedad globalizada y multicultural, resulta cada vez más compleja la configuración de la identidad de la ciudadanía en la que confluyen circunstancias y características que dificultan el tratamiento en igualdad y fomentan actuaciones públicas y privadas que promueven de modo directo o indirecto el trato desigual, no siempre justificado por criterios de razonabilidad y equidad.

Por ello, no sorprende que, en los últimos años, siguiendo la senda de los instrumentos internacionales dedicados a la protección de los derechos humanos, se haya producido una interesante correlación entre la construcción del concepto de la discriminación múltiple y la admisión del enfoque de los estereotipos en la evolución del derecho antidiscriminatorio europeo. En efecto, la resolución del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2013, sobre la eliminación de los estereotipos de género en la UE (2012/2116 [INI]) considera y explica que estos últimos se combinan frecuentemente con otros, como los estereotipos discriminatorios por motivos de edad, condición de migrante, orientación sexual, discapacidad, etc., y que por tanto afectan en mayor medida a las mujeres con múltiples identidades (GIMÉNEZ GLUCK, 2013, 57).

### 1. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

La discriminación «interseccional» (*intersectional discrimination*) o múltiple<sup>1</sup> es un concepto que nace académicamente del trabajo de investigadoras feministas afroamericanas, destacadamente CRENSHAW, para indagar sobre la discriminación de mujeres afroamericanas por su doble condición, pero rápidamente fue alcanzando reconocimiento en textos internacionales, hasta su penetración en el Derecho de la Unión Europea. Con todo, en España, DE LAMA AYMÀ (2013, 273) ya advertía que, pese a la constatación del fenómeno, su recepción normativa consiste más en «referencias al término que a la definición de su concepto o su régimen jurídico»<sup>2</sup>.

En el ámbito comunitario, el concepto de discriminación múltiple estuvo inicialmente vinculado a las políticas públicas, con el objetivo de identificar la interrelación de factores como la edad, el sexo, el origen étnico o la discapacidad, entre otros, para proponer medidas políticas que garanticen un acceso igualitario a los bienes y servicios. Paulatinamente ese planteamiento de las identidades complejas de cada persona se fue trasladando a la producción legislativa de normas antidiscriminatorias —como la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico— e, inevitablemente, está alcanzando la labor interpretativa de los tribunales.

### 2. ESTEREOTIPOS

El estereotipo es una imagen o idea arraigada en una sociedad y referido a las características de un determinado grupo de personas. Proporciona información

sobre los papeles sociales de sus miembros, permitiendo una rápida clasificación en categorías, de tal manera que se atribuyen a una persona ciertas cualidades y características por el mero hecho de pertenecer a un grupo. Están presentes en el lenguaje y en la expresión del pensamiento en las distintas sociedades, siendo objeto de estudio por diferentes ramas del conocimiento.

Estereotipar, en cuanto proceso, es ordenar el universo social agrupando las personas por categorías, prescindiendo del análisis individual de las circunstancias del sujeto analizado para atribuirle cualidades, características, acciones e intenciones. Las personas que forman parte de un cierto grupo social poseen atributos o características determinadas o tienen roles específicos asignados por construcciones sociales o culturales (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, 2015, 502).

No es nada sencillo determinar cuándo un estereotipo deja de ser una clasificación social o científica y pasa a ser dañino o perjudicial para el ejercicio de los derechos de una persona, pues al fin y al cabo, el derecho en su faceta normativa utiliza de modo constante, e inevitablemente, las generalizaciones y perfiles (TIMMER, 2015, 239) optimizando, principalmente con el recurso a datos estadísticos, el conocimiento de un entramado social.

Consecuentemente, no se trata de desconocer realidades sociales, biológicas o estadísticas<sup>3</sup> o de descartar a priori el valor de las categorías<sup>4</sup> — y tampoco de un tema de lenguaje «políticamente correcto» (VIVAS TESÓN, 2009, 1471)—, sino de determinar cuándo las técnicas de generalización y formación de categorías implican la violación de derechos fundamentales.

En lo que aquí interesa, los estereotipos de género pueden jugar un papel perjudicial para el ejercicio de los derechos de las mujeres en los procedimientos judiciales (RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, 2015, 501). Son asumidos como algo natural e innato y a menudo están profundamente arraigados en la sociedad, como normas sociales en muchas ocasiones invisibles, pudiendo conducir a una discriminación directa o indirecta. Actúan de una manera especialmente compleja en la configuración de discriminación interseccional, provocando muchos casos de discriminación indirecta.

Ahora bien, no es cuestión de perseguir la mera expresión de imágenes estereotipadas —aunque las mismas merezcan reproche social y políticas de erradicación<sup>5</sup>— sino que en sede probatoria, en los procedimientos judiciales, verificar en qué situaciones se ha abandonado la valoración individual, para sustituirla por la mera atribución de estereotipos ¿Para qué avanzar en el análisis del caso si ya sabemos que por ser mujer u hombre —y aquí se puede hablar de cualquier categoría— actuaron o deberían actuar, quisieron o deberían querer, necesitaron o deberían necesitar, de una determinada manera?

El derecho a una tutela judicial efectiva requiere que cada individuo reciba una valoración propia y única, y no la adjudicación de una apreciación prejuiciosa, sin tener en cuenta su individualidad.

Los estereotipos dañinos fijan identidades, intensifican la desigualdad y la discriminación, ya que ofrecen un discurso justificativo irracional del trato diferenciado. El mayor problema detectado es que crean jerarquías entre las diferentes categorías con el fin de negar o cerciorar el ejercicio de derechos y libertades fundamentales a una persona. Generalizan en exceso y son resistentes a cualquier información nueva, puesto que se observan como naturales e inevitables. Consecuentemente, refuerzan la inequidad y promueven la discriminación.

En la doctrina norteamericana corresponde a Ruth BADER GINSBURG, en los años setenta del pasado siglo, inspirada en cierto modo por la experiencia de

las políticas públicas de igualdad suecas, un cambio decisivo en el enfoque de los estereotipos de género, en cuanto planteó ante los tribunales norteamericanos una serie de casos en que hombres veían mermados sus derechos por una atribución estereotipada de roles de género, en particular, la concesión de ayudas por el cuidado de mayores, permisos de paternidad, beneficios por maternidad. Hasta entonces los supuestos de violación de la Decimocuarta Enmienda de la Carta Magna norteamericana (principios de igualdad y de no discriminación) relativos a la discriminación por razón del sexo se habían llevado a cabo exclusivamente por mujeres demandantes (FRANKLIN, 2010, 84). Con esta estrategia de acciones judiciales promovidas por hombres se dirigió la atención de los tribunales hacia prácticas de atribución de roles —«proveedor de bienes y protector» frente a «ama de casa, madre, cuidadora»— que perpetuaban la discriminación entre mujeres y hombres.

Este punto de vista, que fue abriendo camino en los textos internacionales, es muy apropiado a la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres e inspiró todas las actuaciones normativas y judiciales sobre derecho antidiscriminatorio, pues los estereotipos pasan a conformar el análisis del hecho discriminatorio, es de decir, de la estimación de la existencia o no de un tratamiento diferenciado desfavorable o injusto hacia una persona por razón de su sexo, o de cualquier otra circunstancia (edad, raza o etnia, religión, orientación sexual, discapacidad, etc.).

No se busca combatir únicamente la inclusión de los estereotipos dañinos en las normas jurídicas, como cuando se establecen diferencias estereotipadas sobre el ejercicio de la responsabilidad parental. Se quiere atacar también las diferentes formas de perpetuación de los estereotipos perjudiciales —los medios de comunicación, la literatura, los sistemas educativos, etc.—, incluida la actuación de los jueces, cuya actividad tanto puede perpetuarlos como puede ser una poderosa herramienta para su eliminación, especialmente en los supuestos de violencia de género (CUSACK, 2014, 19).

Pues bien, directamente influido por la doctrina y jurisprudencia comparada, así como en aplicación de la legislación internacional y del CEDH, la jurisprudencia, tanto del TJUE como el TEDH, fue dando entrada a la valoración de los estereotipos como técnica antidiscriminatoria, especialmente en materia de género y de raza o etnia.

Las propuestas de acercamiento en la materia buscan en primer lugar detectar los estereotipos dañinos con el fin de restar sus efectos nocivos normativa y judicialmente.

Para el caso que va ocupar el núcleo de este artículo, el Asunto Carvalho Pinto de Sousa Morais, interesan algunos estereotipos especialmente perjudiciales para la mujer madura o mayor.

En primer lugar, la imagen de la mujer cuidadora. Desde un punto de vista económico, las tareas relacionadas con el cuidado de los dependientes (hijos, personas discapacitadas) y del hogar familiar, no perciben remuneración y carecen de visibilidad respecto de su impacto en la economía de una sociedad, y en consecuencia, son desconsideradas por la misma<sup>6</sup>. Por ello, existe una dificultad añadida a la hora de tenerlas en cuenta, por ejemplo, para el cálculo de unos daños materiales o morales derivados de una acción u omisión que impida a una mujer seguir desempeñando dichas tareas<sup>7</sup>.

Para la mujer mayor, asimismo, es preciso tener que ponderar lo que describe PÉREZ VALLEJO (2013, 452) como la «prolongación del tradicional rol de mujer y madre, al rol de abuela solidaria y altruista».

Por lo que a la edad se refiere, e inicialmente con independencia del sexo, existe una corriente doctrinal influida por distintas ramas de las ciencias sociales que habla de *ageism*, que traducido por GETE ALONSO (2012, 118) como «edaísmo», entendido, en sus palabras, como «todas aquellas actitudes, conductas, valoraciones que, partiendo de determinados prejuicios o estereotipos comportan (se traducen) una discriminación hacia la persona por razón de edad».

En segundo lugar, y todavía respecto al caso comentado, están los estereotipos sobre la maternidad y la sexualidad de las mujeres. Ellos pueden llevar a que no se considere la individualidad de cada una, y se presuman intereses y necesidades que vinculan la sexualidad a la capacidad reproductiva.

Para terminar, en tercer lugar, en las situaciones en que convergen la situación de mujer y mayor, es frecuente que concurra algún grado de discapacidad, incrementando el margen de utilización de estereotipos negativos sobre la dependencia. Por ello, cumple recordar que el artículo 8.1 b) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que «los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: ... b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida».

### III. ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

#### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El derecho a no ser discriminado está reconocido en numerosos instrumentos internacionales —especialmente la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, en sus siglas en inglés)— y se enmarca en la conformación de los derechos humanos.

Concretamente, y para el Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais, interesa el artículo 14 CEDH «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación», en relación con el artículo 8 CEDH «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

El derecho comunitario ha incidido directamente en la conformación del alcance del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo o por otras circunstancias o características que acompañan a los individuos o grupos, en los diferentes Estados miembros.

El artículo 19 (antiguo art. 13 TCE) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea posibilita que el Consejo —por unanimidad con arreglo a un

procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo— adopte «acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

El derecho antidiscriminatorio europeo se ha construido sobre la base de la consecución de la igualdad efectiva por medio de iniciativas transversales de eliminación de la discriminación en sus diferentes facetas. Centrada inicialmente en las políticas públicas de igualdad, las medidas no discriminatorias han penetrado — aunque más lentamente— también en la esfera del derecho privado. Sectores más permeables a esta perspectiva como el derecho del trabajo o el derecho de familia, con todo, no guardan la exclusividad de la acción antidiscriminatoria<sup>8</sup>.

Tribunales de referencia en materia de aplicación del principio de igualdad en la Unión Europea, el TJUE y el TEDH, fueron cimentando una teoría general del derecho antidiscriminatorio, conformada por una amplia casuística de carácter muy dinámico.

Por lo que atañe al reconocimiento de los estereotipos de género como factor de discriminación, antes de analizar la postura del TEDH, es preciso conocer algunas de las pioneras decisiones del TJUE en su labor interpretativa del derecho comunitario, especialmente en el ámbito del derecho social.

En ese sentido, el Tribunal de Justicia ha tomado la delantera en la identificación de los mitos y estereotipos, y en la tarea de sopesar su presencia en las normas comunitarias o en su aplicación. Interesa particularmente el debate relativo a la posible justificación de la diferencia de trato por motivos de edad introduciendo excepciones objetiva y razonablemente justificadas por una finalidad legítima, como las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional, siempre a través de medios adecuados y necesarios para lograr el objetivo (STJUE de 13 de septiembre de 2011, Caso Reinhard Prigge, Michael Fromm, y Volker Lambach contra Deutsche Lufthansa AG).

Desde muy temprano se ha señalado la existencia de estereotipos de género, aunque sin abordarlos en la fundamentación jurídica de las resoluciones. En esa línea, la referencia a «trabajos de hombres» o del desempeño de trabajos nocturnos; pero, progresivamente se fue consolidando la perspectiva de los estereotipos en el análisis del hecho discriminatorio. Recientemente, la STJUE de 16 de julio de 2015 (Caso Maistrellis contra Ministerio de Justicia griego) en un supuesto de denegación de permiso parental porque la esposa no era trabajadora en activo, se fija que «una disposición como la que es objeto del litigio principal, lejos de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional, puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre hombres y mujeres al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental», siguiendo el criterio también manifestado en la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (Caso Pedro Roca Álvarez contra Sesa Start España ETT), en la que se afirma que «el hecho de considerar, como sostiene el Gobierno español, que solo la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es titular del derecho a disfrutar del permiso controvertido en el litigio principal, en tanto que el padre que tenga la misma condición únicamente podría disfrutar de ese derecho, sin ser su titular, puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental».



## 2. CASOS EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha asumido en fechas recientes el valor de los estereotipos en la fundamentación de casos relativos a la discriminación por raza o étnica y por género (TIMMER, 2013, 240). Emerge la constatación<sup>9</sup> de que determinadas normas tuvieron en cuenta estereotipos arraigados en la conciencia social, y que tal consideración debe formar parte del juicio sobre la razonable y objetiva justificación del trato diferenciado<sup>10</sup>.

La STEDH de 22 de marzo de 2012 (Caso Konstantin Markin contra Rusia) es emblemática en materia de estereotipos de género. Trata de una denegación de permiso de paternidad de tres años para el cuidado de un hijo menor de edad.

El Tribunal subraya que el avance de la igualdad de género en la actualidad es una obligación para los Estados europeos, por lo que únicamente circunstancias muy graves pueden justificar una diferencia de trato en función del sexo. En concreto, no se pueden imponer referencias a las tradiciones o las percepciones de la mayoría de la población de un Estado con el fin de fundamentar la razonabilidad.

Sobre el caso concreto afirma que «El Tribunal concluye que el reparto tradicional de roles entre los sexos en la sociedad no puede servir de justificación para la exclusión de los hombres, incluidos los que trabajan en el ejército, del permiso parental. Al igual que la Sala, la Gran Sala considera que los estereotipos ligados al sexo, como la idea de que son las mujeres quienes se ocupan de los niños, mientras que los hombres ganan dinero, no puede, en si misma constituir una justificación válida de la diferencia de trato en cuestión, de la misma manera como tampoco lo pueden los estereotipos de mismo tipo basado en la raza, origen, color u orientación sexual»<sup>11</sup>.

Este caso representó un importante cambio de criterio del TEDH respecto del contenido en la STEDH de 28 de febrero de 1998 (Caso Petrovic contra Austria), referido a la negación de un permiso de paternidad para atender a su hijo después del nacimiento. En ese momento la legislación austríaca reservaba ese permiso exclusivamente para las madres. El TEDH no lo estimó contrario al artículo 14 CEDH debido a la falta de uniformidad en las legislaciones de los Estados sobre la materia. De hecho, en el Asunto Konstantin Markin, el gobierno ruso alegó dicho precedente, pero el Tribunal apreció la evolución legislativa en los Estados con relación a esta materia, de la que, en la actualidad, se desprende un consenso respecto a que tanto el padre como la madre pueden solicitar y obtener un permiso de paternidad o maternidad, prueba de una verdadera evolución de la sociedad europea hacia modelos más igualitarios en las relaciones parentales.

A modo de precedente del Caso Konstantin Markin, el Tribunal europeo ya había puesto de manifiesto la necesidad de que los Estados fundamenten sus normas que contengan tratos diferenciados de acuerdo con principios racionales y no sobre patrones sociales o pautas culturales. Así ocurrió en DH y otros contra la República Checa (STEDH de 13 de noviembre de 2007) sobre la segregación de estudiantes gitanos en la educación primaria y en la que se manifestaba, entre otros, el estereotipo de que los progenitores de niños romaníes tienen una actitud negativa hacia el trabajo escolar<sup>12</sup>, o en Andrlé contra la República Checa (STEDH de 17 de febrero de 2011), que consideró que el sistema de pensiones de ese país estaba basado en el estereotipo del varón proveedor y mujer responsable del hogar.

Otro avance en la jurisprudencia del TEDH es la consideración de los estereotipos de género como un factor de discriminación más allá del método comparativo. Al compás de un sector doctrinal que propugna superar el método comparativo y avanzar hacia un test de la desventaja (GOLDBERG, 2011, 728), en

el Caso Bayev y otros contra Rusia (STEDH de 20 de junio de 2017) sin utilizar ningún elemento de comparación, entiende que la legislación rusa que prohíbe cualquier manifestación pública sobre la homosexualidad —*v.gr.* una marcha reivindicativa de derechos— en presencia de menores es discriminatoria en sí misma. Este enfoque tiene una importancia destacada en sede de estereotipos insertados en casos de discriminación múltiple, pues la aplicación del «rol de situación comparable» es especialmente difícil en esas situaciones (DE LAMA AYMÀ [2013, 273]).

#### IV. EL CASO CARVALHO PINTO DE SOUSA MORAIS CONTRA PORTUGAL

##### 1. HECHOS

Después de un cuadro de molestias, en mayo de 1995, la demandante se sometió a una cirugía ginecológica, en un hospital perteneciente al sistema público de salud portugués, para la extirpación de las glándulas bartolinas. Una vez dada de alta comenzó a experimentar un dolor intenso y una pérdida de sensibilidad en la vagina. Sufría incontinencia urinaria, tenía dificultades para sentarse y caminar, y no podía tener relaciones sexuales.

En una clínica privada, le diagnosticaron una lesión del nervio pudendo del lado izquierdo, sufrida como resultado de la referida intervención quirúrgica.

Así las cosas, el 26 de abril de 2000, Dña. Maria Ivone interpuso una demanda ante el Tribunal Administrativo de Lisboa contra el Hospital, en virtud de la Ley de Responsabilidad del Estado (Ley de Responsabilidad Civil Extracontractual por Hecho ilícito), solicitando una indemnización de 70.579.779 escudos, aproximadamente 325.050 euros, de los cuales 50.000.000 (249.399 euros) correspondieron a daños morales debido a la discapacidad física causada por la operación.

En la sentencia de primera instancia se ha reconocido el error médico, derivado de una actuación negligente del cirujano, según los parámetros del *lex artis*, y que había provocado importantes daños patrimoniales y morales, indemnizados con una cantidad de 80.000 euros en concepto de daños morales y de 92.000 euros por daños materiales, de los cuales 16.000 euros tenían por fin la contratación de los servicios de una persona para auxiliar a la demandante en las tareas domésticas.

Para llegar a esta conclusión consideró probados los siguientes hechos: a) que la demandante había sufrido desde 1995 una discapacidad general permanente del 73% y que la misma había sido consecuencia del corte del nervio pudendo izquierdo; b) que después de haber sido dada de alta del hospital, ella se había quejado del dolor asociado con la insensibilidad en la parte del cuerpo que había sido operada y que se había hinchado; c) el nervio pudendo izquierdo se había lesionado en la operación, lo que había derivado en el dolor que la demandante estaba sufriendo, así como en la pérdida de sensibilidad y en la hinchazón en el área vaginal; d) la demandante sufrió una disminución en la sensibilidad vaginal debido a la lesión parcial del nervio pudendo izquierdo.

Esta sentencia fue recurrida, ante el Supremo Tribunal Administrativo de Portugal (STA), que en sentencia de 9 de octubre de 2014, confirma los extremos relativos a la condena a una indemnización por daños y perjuicios, pero disminuye el valor del importe relativo a los daños materiales. En concreto, la cifra de 16.000 euros en concepto de contratación de personal doméstico se redujo a 6000 euros, por considerarlas excesivas, y los 80.000 relativos a los daños morales

a 50.000 euros sobre la base de que la demandante ya padecía trastornos físicos y psicológicos con anterioridad a la intervención.

Dos de los argumentos utilizados para la referida disminución están en la base de la demanda posteriormente presentada ante el TEDH. Por un lado, se afirmó que «no debe olvidarse que al momento de la operación la demandante ya tenía 50 años y tenía dos hijos, es decir, una edad en la que el sexo no es tan importante como en los años más jóvenes, su importancia disminuye con la edad», y por otra parte, que «teniendo en cuenta la edad de los niños, ella [la demandante] probablemente solo necesite cuidar a su esposo, lo cual nos lleva a la conclusión de que no precisa contratar a una persona a tiempo completo».

## 2. LA DEMANDA Y EL FALLO

En el recurso planteado ante el TEDH la demandante alega violación del artículo 14 CEDH, conjuntamente con el artículo 8, ya que el Supremo Tribunal Administrativo portugués la había discriminado por su sexo y edad. En particular, se quejaba de la reducción del importe concedido en concepto de daños morales, y por el hecho de que no se hubiese tenido en cuenta la importancia de una vida sexual para ella como mujer.

El juicio comparativo propuesto por la demandante trae a colación dos sentencias del Supremo Tribunal de Justicia portugués (STJ). La primera de 4 de marzo de 2008, que examinó si la cantidad fijada para la indemnización de los daños morales —en un caso de negligencia médica— por un hombre de 59 años que sufrió una prostatectomía completa y que le causó impotencia e incontinencia urinaria, era excesiva o no. La indemnización de 224.459,05 euros en concepto de daños morales se consideró apropiada ya que, según el criterio del Tribunal, las consecuencias de la intervención quirúrgica son devastadoras e irreversibles. Destaca que a esa edad el demandante «experimentó un cambio radical en su vida social, familiar y personal ya que es impotente e incontinente y nunca más podrá vivir la vida como solía hacerlo. Ahora es una persona cuya vida es física y psicológicamente dolorosa y, por lo tanto, ha sufrido consecuencias irreversibles. No es irracional afirmar que su autoestima ha sufrido un tremendo impacto».

La segunda resolución, de 26 de junio de 2014, sobre una indemnización de 100.000 euros fijada en concepto de daños morales, para un caso en que un hombre había sido diagnosticado erróneamente con cáncer y, en consecuencia, se le había practicado una prostatectomía. El Tribunal consideró que la indemnización no era excesiva, puesto que el demandante de 55 años había sufrido un fuerte impacto emocional debido al diagnóstico de cáncer, y que además la prostatectomía había tenido un efecto permanente en su vida sexual.

Frente a estos planteamientos, el gobierno portugués argumentó que no hubo discriminación por sexo y edad en el caso examinado, pues la reducción de la indemnización tuvo como fundamento la concurrencia de distintas causas, además de la intervención médica, en particular, el hecho de que la demandante ya presentaba un cuadro clínico y psicológico complejo. En suma, que la cirugía simplemente había agravado lo que ya era una situación difícil. Reconoce el uso desafortunado de los términos para referirse a la vida sexual de la demandante, pero enmarca el resultado en un juicio razonable y proporcionado de fijación de los daños al caso concreto. En otro orden de cosas, pone en tela de juicio los dos casos alegados por la demandante a efectos comparativos, pues, según argumenta, corresponderían a supuestos fácticos muy distintos.

Con la fundamentación jurídica que a continuación se analizará, ante todo lo expuesto, el TEDH consideró por mayoría de cinco votos a dos que hubo violación del artículo 14 CEDH, interpretado a la luz del artículo 8 CEDH y, en consecuencia, el Estado portugués debe pagar a la demandante 3.250 euros en concepto de daños morales, más 2.460 por costes y gastos legales.

El fallo por mayoría fue publicado acompañado de dos votos discordantes reflejados en una única opinión y dos opiniones concordantes redactadas separadamente.

### 3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL FALLO: JUICIO COMPARATIVO Y ESTEREOTIPOS

Para decidir sobre si hubo o no una violación del artículo 14, en relación con el artículo 8 del CEDH, se apreció la legislación nacional portuguesa relevante al caso (regulación constitucional de los derechos fundamentales, normas de su Código Civil y legislación administrativa aplicables a la responsabilidad civil del Estado), así como la legislación internacional. En concreto, se remite a los artículos 1, 2 y 5 de la CEDAW, con mención expresa al documento de Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados de Portugal, relativos al encuentro de 28 de octubre de 2015 (CEDAW/C/PRT/CO/8-9), en la que se hace un ruego al Estado para que avance en una estrategia integral para combatir los estereotipos discriminatorios.

Todavía en materia de legislación internacional, considera legislación relevante para el asunto, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), de 5 de mayo de 2011, en particular sus artículos 1 y 121 según el cual «Las Partes tomarán las medidas necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres».

También se estima el contenido de dos Informes sobre la situación de los derechos de las mujeres en Portugal. Por un lado, el Informe de la Relatora especial de Naciones Unidas, Gabriela KNAUL, sobre la independencia de los magistrados y abogados, en su visita a Portugal del 27 de enero al 3 de febrero de 2015, emitido el 29 de junio de 2015 (A/HRC/29/26/add4), y que destaca en su punto 72 la necesidad de una mejor formación y sensibilización para evitar la repetición de prejuicios en las resoluciones judiciales, así como la toma de medidas contradictorias. En segundo lugar, el Informe del Observatorio Permanente de la Justicia Portuguesa, elaborado a petición de la Comisión de Ciudadanía e Igualdad de Género en noviembre de 2016, sobre cómo las autoridades judiciales se ocupan de los casos de violencia doméstica, en el que se señala que las decisiones de los magistrados portugueses difieren bastante entre sí, dependiendo de los antecedentes económicos, culturales y sociales del acusado. En especial manifiesta su preocupación por el sexismo legal e institucional prevaeciente, ejemplificado en un supuesto en que se suspende la ejecución de una pena de cárcel relativa a la agresión de un hombre a su esposa, en atención a que ella mantuvo relaciones sexuales con otros hombres<sup>13</sup>.

Toma en consideración, además, los casos aportados por la demandante, es decir, las citadas sentencias del Supremo Tribunal de Justicia portugués, de 4 de marzo de 2008 y 26 de junio de 2014.

Con estas premisas normativas y jurisprudenciales, la fundamentación jurídica tiene como eje central el enfoque de los estereotipos de género como elemento discriminatorio, en este caso, en una acción judicial.

El Tribunal comienza destacando que el avance de la igualdad de género es hoy un objetivo importante para los Estados miembros del Consejo de Europa y que resulta inexcusable presentar razones especialmente singulares, capaces de sustentar que cualquier diferencia de trato pueda considerarse compatible con el Convenio.

Sobre los estereotipos de género, la STEDH de 25 de julio de 2017 recuerda que, en particular, las referencias a tradiciones, suposiciones generales o actitudes sociales predominantes en un país en particular son una justificación insuficiente para una diferencia de trato por razón de sexo<sup>14</sup>. Asimismo, enfatiza que impiden una evaluación individualizada sobre la capacidad y necesidades de la persona discriminada<sup>15</sup>.

En la aplicación de la doctrina de la Corte al caso, subraya que la fundamentación dada por el Tribunal portugués se basó, entre otros aspectos, en dos circunstancias estereotipadas. Por un lado, la consideración de que la demandante ya tenía cincuenta años en el momento de la cirugía, una edad en la que la sexualidad «no es tan importante» como en edades más jóvenes, y que asimismo, ella ya tenía dos hijos.

Por otro lado, el TEDH subraya la argumentación y la consiguiente reducción de la indemnización consistente en un importe destinado a la contratación de una persona para las tareas domésticas toda vez que, considerando la edad de los hijos, ella solo necesitaría «cuidar del marido».

Sin entrar en los valores fijados para la indemnización en el caso examinado, e incluso, reconociendo que puede ser justificable en otros supuestos controvertidos la edad y el sexo para la concreción de las partidas resarcitorias, el Tribunal centra el problema discriminatorio en la presuposición basada en una visión tradicional —alejada de un juicio adecuado al caso concreto— de que la sexualidad femenina está esencialmente vinculada a la reproducción, ignorando su relevancia física y psicológica para la autorrealización de la mujer como persona<sup>16</sup>.

Para el TEDH la motivación de la rebaja del monto de la indemnización por daños morales no es cuestión de una «redacción desafortunada», como mantuvo el Gobierno portugués, sino que la edad y el sexo de la solicitante parecen haber sido factores decisivos para el resultado final, introduciendo una diferencia de trato basada en esos motivos<sup>17</sup>. De igual modo, esos elementos discriminatorios estuvieron presentes en la reducción del importe destinado a la contratación de una persona para las tareas domésticas, en la medida en que reproducían una visión estereotipada de las necesidades de la demandante, sin una valoración individual.

En opinión del Tribunal, esas consideraciones muestran los prejuicios que prevalecen en la judicatura en Portugal, como se señala el citado Informe del 29 de junio de 2015 del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre la Independencia de Jueces y Abogados, y las observaciones finales del Comité de la CEDAW sobre la necesidad de que el Estado demandado aborde el problema de los estereotipos discriminatorios basados en el género. También confirman las observaciones e inquietudes expresadas por el Observatorio Permanente de la Justicia de Portugal sobre el sexismo imperante en las instituciones judiciales en su informe de noviembre de 2016 sobre la violencia doméstica.

#### 4. OPINIONES DISIDENTES Y CONCORDANTES

Pues bien, en la opinión disidente y en los dos votos concordantes se pueden ubicar la esencia de los argumentos y el valor de la decisión objeto de comentario. En ellos se debate dos perspectivas sobre el protagonismo de los estereotipos y de la multiplicidad de factores discriminatorios en la conformación de un caso, precisamente de discriminación.

Técnicamente, las posturas enfrentadas se han centrado en el peso del elemento comparativo en la conformación de un hecho discriminatorio objeto de sanción jurídica, pero no se puede obviar un cierto trasfondo filosófico cuando se lee el reproche final de los dos jueces firmantes de la opinión discordante en cuanto afirman que el supuesto controvertido carece de base sólida para conformar un supuesto discriminatorio y que «si un Juez tiene la intención de enviar un mensaje sobre un tema jurídico de relevancia general debe esperar el caso correcto para hacerlo, pues de lo contrario, él o ella simplemente se involucraría en política. No es más que una cuestión de legitimidad».

La opinión disidente de los jueces Ravarani y Bosnjak se resume en un único y detallado voto que defiende que la demandante no fue víctima de discriminación. Con este fin, advierten que los argumentos que sostienen esa conclusión son esencialmente metodológicos. En particular, insisten en la aplicación incorrecta del método comparativo en el juicio discriminatorio en cuestión y en la ausencia de una discriminación múltiple.

Así las cosas, empiezan poniendo de manifiesto la necesidad de utilizar el método de los tres pasos, presente en la jurisprudencia sobre derecho antidiscriminatorio. Señalan que, en primer lugar, es preciso identificar dos categorías de personas que son comparables y distinguibles, ya que del artículo 14 CEDH se desprende que la discriminación se contempla a la luz de la pertenencia de una persona a un grupo; en segundo lugar, procede determinar si los miembros de estas dos categorías de personas son en realidad tratadas de una manera diferente; y por último, si el trato es distinto, procederá examinar si esta diferenciación presenta una justificación objetiva y razonable.

Para ellos, la alegación de que la demandante fue discriminada por motivos de sexo y edad requiere una comparación con otros supuestos en los que hombres de edad similar hayan solicitado indemnización por incapacidad para mantener relaciones sexuales para, seguidamente dilucidar, si concurre una diferencia que conlleve una desventaja relativa de un grupo de personas en comparación con otro.

Descartada la existencia de normas discriminatorias en el derecho portugués sobre la materia, el análisis se centra en la valoración judicial de los daños en el caso concreto. Es ahí, donde los jueces discordantes no aprecian discriminación toda vez que, a su juicio, no concursan decisiones judiciales en las que hombres y mujeres sean sistemáticamente tratados de modo desigual. Los dos casos aportados por la demandante como elemento de comparación no conforman, en su opinión, jurisprudencia en sentido estricto, pues cualitativa y cuantitativamente no cumplen los requisitos para dicha consideración. De modo retórico se preguntan si dos sentencias pueden ser equivalente a la noción de jurisprudencia, y enfatizan que ambas resoluciones presentadas para la comparación emanan de situaciones fácticamente muy distintas y que no se trata de una cuestión de género, sino, en sus palabras, de un tema exclusivamente de edad.

A continuación, combaten el argumento de que se utilizaron estereotipos de género en la decisión del tribunal administrativo portugués, pues su uso podría

eliminar el valor esencial del método comparativo. Mantienen que los estereotipos no tuvieron un peso determinante en la mitigación de los daños, ya que el tribunal nacional sopesó factores, como los antecedentes médicos y psicológicos de la víctima del daño, siendo la edad una cuestión secundaria.

Reparemos que ellos ya parten de que el género no se tuvo en cuenta y que era una cuestión de edad. Por consiguiente, a pesar de la literalidad del fallo impugnado, afirman, sobre la posibilidad de detectar un estereotipo de género «el juicio impugnado *no usa un lenguaje* que apunta en tal dirección».

Frente a esa visión, las opiniones concordantes presentadas de modo separado por las juezas Yudkivska y Motoc contienen un concienzudo repaso sobre la doctrina de los estereotipos de género en la jurisprudencia del TEDH, tomando como referencia, asimismo, la doctrina científica sobre la materia y la experiencia en derecho comparado, especialmente la jurisprudencia norteamericana y el derecho sudafricano, e incluso con diversas referencias literarias para ilustrar la presencia arraigada de estereotipos en la sociedad. Parece especialmente destacado el valor que han dado al lenguaje de las decisiones judiciales como elemento discriminatorio *per se*, en cuanto demuestren objetivamente que se ha utilizado el estereotipo en la conformación del ilícito discriminatorio.

En el voto de la jueza Yudkivska, la preocupación es detectar los estereotipos utilizados. Pone de manifiesto que el Supremo Tribunal Administrativo portugués —en consonancia con las «mejores tradiciones patriarcales»— conecta la vida sexual de la mujer con la procreación, punto en el que evidencia la discriminación por género, aunque la referencia literal se haga exclusivamente a la edad. Es, en su opinión, un claro supuesto de discriminación por sexo y edad, conclusión que considera más destacada si se tienen en cuenta los citados juicios de comparación, en los que, en casos similares relativos a hombres, la edad no se ha mencionado como elemento para rebajar las correspondientes indemnizaciones.

En respuesta a los votos disidentes, mantiene que los estereotipos dañinos afectaron la evaluación judicial de los daños, pues si bien es cierto que se consideraron otros factores, la redacción del fallo denota que sí se sopesaron los estereotipos, y matiza que, incluso, si su peso fue inferior en la adopción del fallo, el mero hecho de tomarlos en consideración ya representa un ataque a la dignidad personal de la demandante. La cuestión, puntualiza, es que los estereotipos perjudiciales y la percepción desfasada de los roles de género no tienen cabida en una evaluación judicial razonable.

Destaca, frente a la opinión discordante, que es cierto que un número cuantitativo y cualitativo más elevado de casos para comparar facilita el juicio sobre la discriminación, pero en el supuesto objeto de análisis, a la luz de decisiones anteriores del propio TEDH, no es necesaria una larga lista de casos similares para comparar, con el fin de encontrar discriminación, puesto que el lenguaje de la sentencia del 9 de octubre de 2014 del Supremo Tribunal Administrativo portugués es discriminatorio en sí mismo, pues no se refiere a las necesidades físicas diferenciales de hombres y mujeres, sino a la persistente percepción de que el enfoque principal de la vida sexual de una mujer es la función reproductiva.

Plantea que, con carácter general, puede ser razonable tener en cuenta la edad del reclamante para determinar el monto de los daños que se otorgarán; es evidente que un demandante más joven probablemente tendrá que vivir con una lesión determinada durante más tiempo que otro de mayor edad. Incluso podría ser razonable, en un caso que implique una pérdida física de la capacidad de tener relaciones sexuales, considerar si un reclamante se ve o no afectado por la incapacidad de tener hijos. Sin embargo, es irracional y degradante que el

Tribunal Administrativo especule sobre la vida sexual de la solicitante para hacer una presunción al respecto, basada en una generalización. En ese punto, no se tomó la molestia de evaluar la situación individual de la demandante, y estaba dirigido exclusivamente por un cliché perjudicial.

De igual modo, el voto concordante de la jueza Motoc enfoca el Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais en la senda de la eliminación de los prejuicios y estereotipos de género, puesto que el TEDH puede y debe dirigirse hacia las más profundas raíces de la discriminación.

Después de revisar el recorrido de los principales casos del TEDH que discutieron el tema de los estereotipos, encuentra que el presente caso es pionero en el análisis de dos de ellos: a) estereotipo sexual, relativo a diferencias físicas y biológicas (falta de interés sexual, después de los 50 años), y b) estereotipo de género, concerniente al rol social y comportamiento de las mujeres (cuidado del hogar y del marido).

Desde un punto de vista procesal, insiste en que el test de la comparación no es adecuado a los casos de estereotipación. Para el análisis de la desventaja es suficiente demostrar que los estereotipos son perjudiciales para el grupo al que pertenece la demandante y que la norma o resolución judicial o administrativa aplicada por el Estado se basa en dichos estereotipos.

Concluye que la igualdad de género sigue siendo un objetivo que debe alcanzarse, y abordar las profundas raíces de la desigualdad en forma de estereotipos es un medio importante para lograrlo.

## 5. VALORACIÓN CRÍTICA

Las decisiones judiciales basadas en estereotipos o prejuicios no valoran adecuadamente las necesidades, capacidades o circunstancias reales de una persona y, por lo tanto, distorsionan la verdad y comprometen la imparcialidad de los jueces (CUSAK, 2014, 22). En la sentencia del TEDH comentada, el elemento esencial para escudriñar una posible discriminación por parte de los tribunales portugueses es la construcción jurídica de los estereotipos de género.

En mi opinión, el enfoque múltiple o interseccional fue decisivo para el resultado alcanzado. Es cierto que en el fallo no se desarrolla el impacto de la discriminación múltiple, pero ella está en la esencia de la determinación del grupo al que pertenece la persona discriminada por los estereotipos: mujeres mayores de cincuenta años. La importancia de la consideración única de los dos factores es indiscutible, máxime si se tiene en cuenta el argumento barajado por los jueces disidentes que esgrimen que se trató en todo caso de una cuestión de edad, y nunca de género. En ese sentido, el enfoque interseccional fortalece la posición de la demandante a la hora de identificar los patrones que llevaron a la discriminación.

En este punto, especialmente en lo que concierne al estereotipo de la mujer cuidadora, creo que hubiese sido necesario un enfoque interseccional referido también a la condición de persona con discapacidad de la demandante. Ella tenía reconocida una discapacidad del 73% y la estimación de la necesidad de contratación de una persona para auxiliarla en las tareas domésticas se hace exclusivamente desde la perspectiva del cuidado del marido y de que ella ya no precisaría tanto apoyo, puesto que los hijos no conviven en el hogar. Se aplicó el estereotipo negativo sin valorar sus necesidades reales e individuales como mujer con discapacidad.



Una mujer a la que se le reconoce un grado tan elevado de dependencia no puede ver supeditada la valoración de los daños materiales sufridos por la negligencia médica a la presencia de un marido o de hijos en el hogar. Por ese motivo, entiendo que en el análisis del elemento interseccional faltó la perspectiva de la discapacidad que se une a la condición de mujer y mayor de la demandante. La apreciación conjunta de los tres elementos compone una fotografía más exacta del hecho discriminatorio objeto de evaluación por el Tribunal europeo.

## V. CONCLUSIONES

I. El combate normativo y judicial a los estereotipos de género resulta útil para crear un entorno jurídico menos agresivo con las víctimas de discriminación. En el Caso Carvalho Pinto de Sousa de Moraes, el voto concordante de la jueza Yudkivska, siguiendo en trabajo de CUSACK, incide en su impacto respecto de los juicios relativos a la violencia contra la mujer; pero el alcance es mucho más amplio.

Identificar los mitos y estereotipos que pueden dificultar la imparcialidad de un enjuiciamiento y neutralizar sus efectos perjudiciales favorece la tutela judicial efectiva, y garantiza el ejercicio de los derechos y libertades en igualdad.

II. En esa línea, el derrumbe de los estereotipos dañinos de género, a pesar de la resistencia de algunos sectores académicos y judiciales, es una herramienta adecuada para avanzar en la igualdad entre mujeres y hombres, principalmente si se tiene en cuenta que trabaja en ambos sentidos, ya que la neutralización de ciertos estereotipos especialmente vinculados a los roles de género, pueden servir para fundamentar un trato más igualitario también para los hombres. Por ejemplo, sirve de apoyo para la determinación de la custodia compartida en los supuestos de ruptura de la relación entre los progenitores, en la medida en que permite indagar sobre la necesidad concreta del menor en cada caso, abandonando el foco de la mujer cuidadora y hombre proveedor; para adentrarse en una visión de la responsabilidad parental libre de los estereotipos de género, y marcada exclusivamente —o al menos esencialmente— por el interés superior del menor.

III. El Caso Carvalho Pinto de Sousa Moraes representa un hito en la conformación de la discriminación por sexo y edad. Desde un punto de vista más técnico, refuerza la idea de que la presencia relevante de estereotipos discriminatorios no requiere una valoración comparativa excesiva, pues la utilización de dichos estereotipos puede resultar en sí misma una acción discriminatoria.

Enfatiza el valor del lenguaje en la formación de la acción discriminatoria, y emplea fuentes normativas de calidad, en ocasiones soslayadas por los Tribunales nacionales, como la CEDAW y el Convenio de Estambul.

IV. Sin restar esa valoración extremadamente positiva, llama la atención que no se haya tenido en cuenta, manifiestamente desde el punto de vista de la propia demandante, su condición de mujer con discapacidad, puesto que se utilizó el estereotipo de género para disminuir la indemnización, obviando la valoración individual de la conveniencia de contratar una persona para atender a sus necesidades.

V. Merece una especial mención la aportación doctrinal de las opiniones concordantes, a los efectos de eliminar la utilización de estereotipos de género por parte de los tribunales. La jueza Yudkivska se pregunta si ¿no hay ecos de este estereotipo dominante en la sentencia del Supremo Tribunal Administrativo de Portugal? Esa reflexión es esencial, desde el punto de vista comunitario, para

todos los tribunales de los Estados miembros, y en el caso portugués, objeto del análisis, basta con observar el contenido de alguna reciente sentencia sobre violencia de género, para concluir que todavía queda mucho trabajo por delante<sup>18</sup>.

VI. Poco más que añadir, por ello cierro reiterando la reflexión final de la jueza Motoc: «La igualdad de género sigue siendo un objetivo que debe alcanzarse, y abordar las profundas raíces de la desigualdad en forma de estereotipos es un medio importante para alcanzar este objetivo».

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- CUSACK, S. (2014). *Eliminating Judicial Stereotyping. Final paper submitted to the Office of the High Commissioner for Human Rights on 9 June 2014*. Disponible en [stereotypingandlaw.wordpress.com](http://stereotypingandlaw.wordpress.com) Fecha de la consulta 13 de noviembre de 2017.
- DE LAMA AYMÀ, A. (2013). Discriminación múltiple. *Anuario de Derecho Civil*, vol. LXVI, 271-320.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, G. (2015). Los Estereotipos de Género en los Procedimientos Judiciales por Violencia de Género: El Papel del Comité CEDAW en la Eliminación de la Discriminación y de la Estereotipación. *Oñati Socio-legal Series [online]*, vol. 5 (2), 498-519. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2611539>
- FERRANT G., PESANDO, L.M. y NOWACKA, K. (2014). *Unpaid Care Work: The missing link in the analysis of gender gaps in labour outcomes*, OECD Development Centre. Consultado en [https://www.oecd.org/dev/development-gender/Unpaid\\_care\\_work.pdf](https://www.oecd.org/dev/development-gender/Unpaid_care_work.pdf)
- FRANKLIN, C. (2010). The anti-stereotyping principle in constitutional sex Discrimination Law. *New York University Law Review*, vol. 85, 83-173.
- GETE ALONSO, M.C. (2012). Discriminación por edad y derecho privado. En: S. Navas Navarro (coord.), *Iguales y Diferentes ante el Derecho Privado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 103-186.
- GIMÉNEZ GLUCK, D. (2013). La legislación y la jurisprudencia de la Unión Europea ante la multidiscriminación. En: R. Serra Cristóbal (coord.), *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 45-70.
- GOLDBERG, S.B. (2011). Discrimination by Comparison. *The Yale Law Journal*, vol. 120, 728-812.
- GURUL, S. (2017). Challenging Gender Stereotyping before the ECtHR: Case of Carvalho Pinto v. Portugal, *EJIL: Talk! (Blog of the European Journal of International Law)*. Consultado en <https://www.ejiltalk.org/challenging-gender-stereotyping-before-the-ecthr-case-of-carvalho-pinto-v-portugal/>
- MORETÓN SANZ (2014). Apuntes sobre la perspectiva de género ante el derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. En: *El futuro de las políticas sociales desde el nacimiento hasta la senectud: la mujer como protagonista* (Dir. María Crespo Garrido y M.ª Fernanda Moretón Sanz), Colección Políticas de Bienestar Social. Presentación a cargo de Carmen Alemán. Valencia: Tirant lo Blanch, 343-352.
- (2007). Derechos y obligaciones de los mayores en la nueva Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Sección Asuntos*

- Sociales*, 70 (ejemplar dedicado a Mayores, autonomía personal y atención a la dependencia), 45-70.
- SPANIER, B., DORON, I., y MILMAN-SIVAN, F. (2013). Older Persons' use of the European Court of Human Rights. *J Cross Cult Gerontol*, vol. 28, 407-420.
- STARK, B. (2012). Anti-stereotyping and «The end of men». *Boston University Law Review*, Vol. 92:1, 1-12.
- TIMMER, A. (2015). Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 63, 239-284.
- VIVAS TESÓN, I. (2009). Mujer y discapacidad. En: *Investigación y género: avance en las distintas áreas del conocimiento*, Sevilla, 1469-1488.

## VII. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

### TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH (Sección 4.<sup>a</sup>) de 25 de julio de 2017. Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal (*JUR* 2017, 207155).
- STEDH de 20 de junio de 2017 (Sección 3.<sup>a</sup>). Caso Bayev y otros contra Rusia (*JUR* 2017, 161101).
- STEDH (Sección 2.<sup>a</sup>) de 28 de enero de 2013. Caso Horvath y Kiss contra Hungría (TEDH 2013, 15).
- STEDH (Gran Sala) de 15 de marzo de 2012. Caso Aksu contra Turquía (*JUR* 2010, 261980).
- STEDH (Sección 5.<sup>a</sup>) de 17 de febrero de 2011. Caso Andrlé contra la República Checa (TEDH 2011, 23).
- STEDH (Sección 4.<sup>a</sup>) de 13 de julio de 2010. Caso Clift contra Reino Unido (*JUR* 2010, 234094).
- STEDH (Sección 1.<sup>a</sup>) de 10 de junio de 2010. Caso Schwizgebel contra Suiza (TEDH 2010, 79).
- STEDH (Sección 2.<sup>a</sup>) de 20 de mayo de 2010. Caso Alajos Kiss contra Hungría (*JUR* 2010, 160970).
- STEDH (Gran Sala) de 12 de abril de 2006. Caso Stec y otros contra Reino Unido (TEDH 2006, 28).
- STEDH (Gran Sala) de 22 de marzo de 2012. Caso Konstantin Markin contra Rusia (*JUR* 2012, 107695).
- STEDH (Gran Sala) de 13 de noviembre de 2007. Caso D.H. y otros versus República Checa (*JUR* 2007, 329300).
- STEDH (Sección 4.<sup>a</sup>) de 16 de noviembre de 2004. Caso Ünal Tekeli contra Turquía (TEDH 2004, 88).
- STEDH de 28 de febrero de 1998. Caso Petrovic contra Austria (TEDH 1998, 66).
- STEDH de 24 de junio de 1993. Caso Schuler-Zgraggen contra Suiza (TEDH 1993, 28).
- STEDH de 28 de mayo de 1985. Caso Abdulaziz y otros contra Reino Unido (TEDH 1985, 8).
- STEDH de 13 de junio de 1979. Caso Marckx contra Bélgica (TEDH 1979/2).

### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE (Sala Primera) de 18 de octubre de 2017. Caso Kalliri (TJCE 2017, 192).

- STJUE (Gran Sala) de 16 de noviembre de 2016. Caso Gorka Salaberriá Sorondo contra Academia Vasca de Policía (TJCE 2016, 298).
- STJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2015. Caso Maistrellis (TJCE 2015, 306).
- STJUE (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2011. Caso Reinhard Prigge, Michael Fromm, y Volker Lambach contra Deutsche Lufthansa AG (TJCE 2011, 261).
- STJCE de 13 de marzo de 1997 (Sala Quinta). Caso Comisión contra Francia (TJCE 1997, 52).
- STJCE (Pleno) de 15 de mayo de 1986. Caso Johnston contra Royal Ulster Constabulary (TJCE 1986, 86).

## NOTAS

<sup>1</sup> Utilizo las expresiones como sinónimas, pero sus conceptos están más delimitados por la doctrina y por la jurisprudencia internacional, comparada y comunitaria. *Vid.* la clasificación de la discriminación múltiple en DE LAMA AYMA, A. (2013, 273). Así la discriminación interseccional sería aquella donde varios motivos o factores de discriminación interactúan de manera simultánea produciendo una nueva situación de discriminación o agravando una ya existente. La ventaja de este enfoque es que revela que no estamos ante una mera acumulación de discriminaciones «sino ante una discriminación analíticamente diferente» (GIMÉNEZ GLUCK, 2013, 59).

<sup>2</sup> La Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad hace referencia a la discriminación múltiple en su Exposición de Motivos, pero después no desarrolla la figura, más allá de la mención de la combinación de varios motivos de discriminación y la descripción de supuestos de doble discriminación.

<sup>3</sup> Incluso porque, el trato diferenciado por categorías puede favorecer un trato más igualitario de las mujeres, como en el supuesto de exigencia de una estatura inferior para las mujeres, a los efectos del ingreso en Cuerpos y Fuerzas de seguridad (STJUE de 18 de octubre de 2017. Caso Kalliri).

<sup>4</sup> La aplicación de categorías relacionadas con la edad puede estar justificada en normativas que tengan en cuenta el ejercicio de actividades que requieren determinado condicionamiento físico. Así, el caso Gorka Salaberriá Sorondo contra Academia Vasca de Policía y Emergencias (STJUE de 16 de noviembre de 2016).

<sup>5</sup> Especialmente las políticas que promuevan la eliminación de los estereotipos en la educación o en los medios de comunicación.

<sup>6</sup> Recientemente, la resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea en 2014-2015 (2016/2249(INI)) considera que en el año 2015 «tres cuartas partes de las tareas domésticas y dos tercios de las tareas de cuidado parental corrieron a cargo de las mujeres trabajadoras, que tuvieron que hacer frente, por lo tanto, a una doble carga de responsabilidades; que, en general, las mujeres asumen una responsabilidad considerablemente mayor en las tareas de cuidado parental y en las tareas domésticas; que los estereotipos y los roles de género tradicionales siguen ejerciendo una gran influencia en la división de las tareas entre las mujeres y los hombres en el hogar, en el lugar de trabajo y en la sociedad en general; que ese reparto tradicional de responsabilidades tiende a perpetuar el *statu quo*, lo que limita las oportunidades de empleo y el desarrollo personal de las mujeres, y les deja poco tiempo para integrarse en la vida social y comunitaria o para participar en la economía; que un reparto equitativo entre hombres y mujeres del «trabajo no remunerado», como la prestación de cuidados y las tareas domésticas, constituye un requisito previo para la independencia económica de las mujeres a largo plazo».

Ilustra esta realidad el estudio patrocinado por la OCDE sobre el trabajo no remunerado de cuidado de las personas y del hogar: FERRANT G., PESANDO, L.M. y NOWACKA, K. (2014), *Unpaid Care Work: The missing link in the analysis of gender gaps in labour outcomes*, OECD Development Centre. Consultado en [https://www.oecd.org/dev/development-gender/Unpaid\\_care\\_work.pdf](https://www.oecd.org/dev/development-gender/Unpaid_care_work.pdf)

<sup>7</sup> La citada resolución del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2013 reconoce que «Los roles de género tradicionales y los estereotipos siguen teniendo una gran influencia en la división de roles entre mujeres y hombres en el hogar, en el lugar de trabajo y en la sociedad en general, y se representa a las mujeres como las personas a cargo del hogar y de los niños, mientras que se representa a los hombres como protectores y como principal fuente de ingresos de la familia; que los estereotipos de género tienden a perpetuar el statu quo de los obstáculos heredados a la hora de alcanzar la igualdad de género y a limitar las opciones de empleo y el desarrollo personal de las mujeres, impidiéndoles realizar su pleno potencial como personas y como agentes económicos, y por lo tanto constituyen una barrera importante para conseguir la igualdad entre mujeres y hombres».

<sup>8</sup> Desde un punto de vista legislativo, destacamos, entre otras, las siguientes Directivas como fundamentales para el acervo antidiscriminatorio europeo: 2000/43/CE, relativa al principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo a la formación y a la promoción de profesionales y a las condiciones de trabajo; 2006/54/CE que refunde toda la materia anterior en materia de igualdad de oportunidades y trato en materia de empleo y ocupación; 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministros; y, finalmente la Directiva 2010/41/UE sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y que deroga la Directiva 83/613/CEE.

<sup>9</sup> Ello no significa que no se hubiese detectado la presencia de estereotipos en casos anteriores, pero los mismos no conformaron un elemento de análisis del trato discriminatorio, como en estos dos asuntos: la STEDH de 13 de junio de 1979 (Caso Marckx contra Bélgica), en la que se demostró inconsistente el argumento del Gobierno belga de que las madres solteras no tienen el mismo interés en el cuidado de los hijos que una madre casada, justificando una diferencia de trato en la determinación de la filiación materna; y en la STEDH de 28 de mayo de 1985 (Caso Abdulaziz y otros contra Reino Unido), en la que el gobierno del Reino Unido justificaba una diferencia de trato en su legislación migratoria en que «un número mayor de hombres que de mujeres puede sentirse inclinado a buscar trabajo».

<sup>10</sup> El resultado de ese juicio no significa que siempre se demuestre que hubo discriminación. Así, la STEDH de 15 de marzo de 2012 (Caso Aksu contra Turquía) asume la existencia de un estereotipo negativo, pero niega que hubiese un trato discriminatorio en el supuesto enjuiciado.

<sup>11</sup> Se tuvieron presentes las siguientes alegaciones finales del Comité de la CEDAW de 30 de julio de 2010, en un procedimiento contra la Federación Rusa: «20. El Comité observa nuevamente con preocupación la persistencia de las prácticas, tradiciones y actitudes patriarcales y de estereotipos profundamente arraigados sobre el papel, las responsabilidades y la identidad de hombres y mujeres en todos los ámbitos de la existencia. Observa con pesar en este sentido lo anteriormente dicho, por el Estado parte, sobre el papel de las mujeres como madres y proveedoras de cuidados. Lamenta que (...) hasta la fecha, el Estado parte no ha tomado medidas eficaces y sistemáticas para cambiar o eliminar los estereotipos y los valores y las prácticas tradicionales nocivas. 21. El Comité insta encarecidamente al Estado a aplicar sin demora una estrategia integral que incluya la revisión y la redacción de la legislación y la definición de objetivos y plazos, con el fin de que evolucionen o desaparezcan las prácticas tradicionales y los estereotipos discriminatorios contra las mujeres (...) El Comité constata que es necesario el cambio de perspectiva sobre las mujeres, consideradas no tanto en su papel como madres y esposas sino como individuos y actores de una sociedad, en igualdad de condiciones con los hombres, para la plena aplicación del Convenio y el establecimiento de la igualdad de los sexos (...)».

<sup>12</sup> Cfr. También la STEDH, de 28 de enero de 2013 (Caso Horvath y Kiss contra Hungría), en la que se considera discriminatoria la legislación que promueve asignación de escuela para niños con necesidades educativas especiales durante la etapa de educación primaria, con un plan de estudios muy limitado, basada en pruebas de test culturalmente sesgadas y

obsoletas, que contienen exclusivamente estereotipos, sin analizar las necesidades concretas de los niños.

<sup>13</sup> El estudio: Conceição Gomes, Paula Fernando, Tiago Ribeiro, Ana Oliveira e Madalena Duarte «*Violência doméstica: Estudo avaliativo das decisões judiciais*», Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, noviembre de 2016.

<sup>14</sup> Cita el Caso Ünal Tekeli contra Turquía (STEDH de 16 de noviembre de 2004), que sobre el apellido de soltera de una mujer después del matrimonio, consideró que los Estados no pueden imponer tradiciones derivadas del papel primordial del hombre y del papel secundario de la mujer en la familia.

<sup>15</sup> Indica, *mutatis mutandis*, el caso Alajos Kiss contra Hungría, sobre el derecho de voto de las personas con discapacidad (STEDH de 20 de mayo de 2010, con más referencias).

<sup>16</sup> Ejemplifica, a modo de precedente, con el Caso Schuler-Zraggen contra Suiza (STEDH de 24 de mayo de 1983), sobre discriminación por razón de sexo en el ejercicio del derecho a un proceso equitativo.

<sup>17</sup> Señala el caso Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal (STEDH de 21 de diciembre de 1999).

<sup>18</sup> La Sentencia del «Tribunal de Relação» de Oporto, de 11 de octubre de 2017, confirma la sentencia de primera instancia que suspende las penas de prisión de los dos acusados (el marido agresor y otro hombre con el que la víctima tuvo una relación también marcada por los malos tratos) por el hecho de que la brutal agresión se diese en el contexto de un adulterio. Enfatiza la sentencia que «el adulterio de la mujer es un gravísimo atentado al honor y a la dignidad del hombre». Recuerda que hay sociedades en las que «la mujer adúltera es blanco de lapidación hasta la muerte» y que «en la Biblia, podemos leer que la mujer adúltera debe ser punida con la muerte». Y, por último evoca, con cierta nostalgia, que no hace mucho tiempo que el Código Penal portugués de 1886 punía al hombre que matase a su mujer en acto de adulterio con una pena casi simbólica.

La cita de esa sentencia podría tener un valor anecdótico, pero ello no es así, en cuanto que otras decisiones de similar contenido aparecen recogidas en el Informe realizado por el Observatorio Permanente de la Justicia Portuguesa; y, asimismo, llama la atención que se trate de una decisión de un Tribunal colegiado que se podría suponer menos vulnerable a estereotipos asumidos por los jueces individualmente.

## Tracto sucesivo y convenio concursal\*

### *Chain of titles and insolvency settlements*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil  
Universidad Complutense de Madrid*

**RESUMEN:** El convenio concursal produce efectos de indudable trascendencia jurídico-real. De ahí que la LC prevea su publicidad en el Registro de la Propiedad. La cuestión que se plantea es si dicha publicidad es una exigencia de tracto sucesivo para inscribir los posteriores actos dispositivos otorgados por el concursado o bien su publicidad es meramente facultativa a tales efectos. Al defender que el auto declaratorio del concurso impone al concursado prohibiciones de administrar y disponer, resultan coherentemente aplicables los principios de prioridad y tracto sucesivo. En el presente trabajo, la autora intenta aportar argumentos a favor de la previa inscripción de la sentencia aprobatoria del convenio y del contenido de este con trascendencia jurídico real, sobre la base de los artículos 24.2 y 3 LC; los términos imperativos de los artículos 109.2 y 132 LC, en relación con el artículo 137 LC; el principio de especialidad registral; la necesidad de dar publicidad «*erga omnes*» a la ausencia de prohibiciones de disponer sobre los bienes del concursado integrados en la masa activa, tras la aprobación del convenio; la facilitación de la calificación registral y la falta de coherencia, a su juicio, entre la solución arbitrada por la DGRN y las previsiones del artículo 137 LC. Todo ello, salvo mejor opinión fundada en Derecho.

**ABSTRACT:** *Insolvency settlements have undeniable real legal implications with regard to the assets, and this is why the Insolvency Law requires them to be made public at the Property Registry. The question under examination is whether the said publicity is a requirement of chain of title for the purpose of recording subsequent acts of disposal performed by the insolvent party, or whether it merely facilitates these activities. By arguing that the order declaring the insolvency proceedings imposes prohibitions on the insolvent party's rights to administer and dispose of its assets, the principles of priority and chain of title become logically applicable. In this work, the author seeks to provide arguments in favour of the prior recordation of the judgment approving the settlement and of its contents where these have real legal implications with regard to the assets, on the basis of artículos 24.2 and 3 of the Insolvency Law; the imperative provisions of artículos 109.2 and 132 of the said Law, in relation to artículo 137; the principle of registry determination; the requirement to provide publicity that is universally effective regarding the lack*

---

\* El presente 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. Dra. Matilde CUEVA CASAS.

*of any prohibitions on disposing of the insolvent party's assets forming part of the insolvency estate, following the approval of the settlement; facilitation of the registrar's approval to register, and the lack of coherence, in the opinion of the author, between the solution provided by the Registries and Notaries Directorate-General (DGRN) and the provisions of artículo 137 of the Insolvency Law. All of this is in the absence of any better understanding grounded in Law.*

**PALABRAS CLAVE:** Tracto sucesivo. Convenio concursal. Menciones de derechos. Principio de especialidad.

**KEY WORDS:** *Chain of title. Insolvency settlement. References to rights. Principle of registry determination.*

**SUMARIO:** I. LA RDGRN DE 27 DE FEBRERO DE 2012. CONVENIO CONCURSAL Y TRACTO SUCESIVO *VERSUS* MODALIDAD DE INSCRIPCIÓN: 1. LOS HECHOS. 2. EL RECURSO DEL NOTARIO AUTORIZANTE. 3. LA SOLUCIÓN DE LA DGRN. 4. CRÍTICA DOCTRINAL A LA SOLUCIÓN DE LA DGRN.—II. LA INSCRIPCIÓN DEL CONVENIO COMO EXIGENCIA DE TRACTO SUCESIVO PARA HACER CONSTAR LOS ACTOS DISPOSITIVOS DEL CONCURSADO CONVENIDO.— III. BREVE REFERENCIA A LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS PROHIBITIVAS O LIMITATIVAS IMPUESTAS AL CONCURSADO EN EL CONVENIO.—IV. TRACTO SUCESIVO Y POSIBILIDAD DE NO INSCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS SEGÚN EL ARTÍCULO 137 LC.—V. INFRACCIÓN DE LAS MEDIDAS PROHIBITIVAS O LIMITATIVAS IMPUESTAS EN EL CONVENIO.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. LA RDGRN DE 27 DE FEBRERO DE 2012. CONVENIO CONCURSAL Y TRACTO SUCESIVO *VERSUS* MODALIDAD DE INSCRIPCIÓN

La RDGRN de 27 de febrero de 2012 planteó la cuestión de cómo deberá proceder el registrador de la propiedad cuando, teniendo noticia de la existencia de un convenio concursal, se pretenda la inscripción de un acto dispositivo otorgado por el concursado convenido a la vista del artículo 132 LC (que prevé la publicidad registral de la sentencia por la que se aprueba el convenio) y del artículo 137 LC, que prevé la posibilidad de existencia de medidas prohibitivas o limitativas impuestas al concursado en el convenio, así como su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad para perjudicar a todo titular registral posterior e impedir el surgimiento de terceros hipotecarios.

### 1. LOS HECHOS

La concursada Flonet-97 S.L. verificó el 7 de abril de 2011 una dación en pago de deudas (créditos concursales) a Macarines S.L, sociedad también declarada en concurso, de la finca 23270 del Registro de la Propiedad de Torredembarra. La escritura se presentó a registro el 4 de noviembre de 2011. En el folio registral *del solar de origen* de la entidad resultante de división horizontal (y que era objeto de la dación) constaba la anotación preventiva de la declaración de concurso de



Flonet-97 S.L. (producida por auto de 30 de julio de 2007). También constaba inscrito en dicho folio la sentencia de 7 de julio de 2009 que aprobaba el convenio concursal, pero no el contenido del convenio.

El registrador consideró (y por ello suspendió la inscripción) que siendo obligatoria la publicidad de las situaciones concursales (art. 132 LC), no pueden aplicarse las reglas del convenio *si este no aparece previamente inscrito en el folio de la finca en cuestión*. Por un lado, si no se inscribe tal aprobación, registralmente todo operaría como si la concursada aún estuviese en situación de suspensión o intervención por los administradores concursales (con la consiguiente limitación de sus facultades dispositivas) y por otro lado, *si el convenio contuviere medidas limitativas o prohibitivas de las facultades de administración y disposición, y el concursado las contraviniese en esa dación en pago, se podría inscribir el acto, pero supeditado a la acción de reintegración de los bienes a la masa* (es decir se practicaría una inscripción sujeta a esa restricción de forma indefinida, hasta que se cancelase la inscripción de convenio por su cumplimiento o la terminación de la fase de liquidación). Faltaría tracto en la inscripción que se pretende *por no figurar en el historial de la finca la situación de aprobación de convenio con su contenido, situación que debe constar para dar seguridad jurídica al adquirente, a los acreedores firmantes del convenio (para ejercitar la acción rescisoria correspondiente si la dación en pago no se ajusta al convenio y se ven perjudicados sus derechos) y a los demás posibles terceros afectados*. Para el registrador la característica más destacable de la LC, desde el punto de vista registral, es la intensa y correcta relación entre el concurso, el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil y de Bienes Muebles y los principios que los presiden, pues ello significa la armonización del procedimiento concursal con los principios de seguridad jurídica, y su variante de seguridad del tráfico jurídico y con el derecho a la tutela judicial efectiva. *La previa constancia de la aprobación del convenio concursal con su contenido es lo que permitirá hacer constar en el acta de inscripción y en la nota al pie del título que la inscripción podría quedar supeditada al ejercicio de la acción de reintegración si se infringe el convenio, o no hacerlo constar, si no se infringe*.

## 2. EL RECURSO DEL NOTARIO AUTORIZANTE

El notario interpuso recurso gubernativo contra la calificación registral por apreciar el registrador un problema de tracto sucesivo que impide la escritura de dación en pago (falta de previa inscripción de la sentencia aprobatoria del convenio concursal y de las medidas prohibitivas o limitativas impuestas en este, en su caso, al concursado convenio).

El notario indica en su recurso que la inscribibilidad a que se refiere el artículo 137 LC de las medidas prohibitivas o limitativas es meramente facultativa, y no obligatoria. Y si bien hay un mandato genérico de publicidad del convenio (arts. 132 y 24 LC), dado lo dispuesto en el artículo 133.2 LC, que señala que desde la eficacia del convenio (por su aprobación judicial) cesan todos los efectos de la declaración de concurso (y en particular, cesan en el cargo los administradores concursales), la inscripción no es constitutiva, produciendo sus efectos el convenio al margen del Registro.

Por otro lado, señala, aunque tales medidas existieran y se inscribieran previamente, ello no impediría la inscripción de la dación en pago, pues al ser tales medidas efecto del convenio y no del concurso, los actos que las contradigan no quedan sujetos a la anulabilidad del artículo 40.7 LC, sino a otras sanciones. Por un

lado, la posibilidad de que se declare el incumplimiento del convenio (art. 137.LC), lo que conlleva la apertura de oficio de la liquidación concursal (art. 143.1.5.º LC) y la consiguiente suspensión del deudor en el ejercicio de sus facultades de administrar y disponer (art. 145.1 LC) y la calificación del concurso como culpable (art. 164.2.3.º LC); y por otro lado, la posibilidad de ejercitar la acción de reintegración de la masa (art. 137.2 LC). No producen, pues, cierre registral a los actos que las contravengan, a diferencia de lo previsto en el artículo 40.7 LC.

La finalidad de la publicidad de estas medidas es posibilitar su conocimiento por terceros, y por consiguiente, que estos conozcan la ineficacia de que pueden adolecer los actos del concursado convenido. Pero su inscripción no es necesaria para su validez y existencia (no es constitutiva). Producen sus efectos desde la aprobación del convenio, pero si no se inscriben, no perjudican a terceros de buena fe (arts. 606 del Código Civil, 13, 32, 34 y 37 LH). El propio artículo 137.2 LC parece presuponerlo así (*a sensu contrario*) cuando señala que, tras la inscripción, perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración que se ejercite.

*Como en el presente caso no consta en el Registro de la Propiedad el contenido del convenio concursal ni, por tanto, unas hipotéticas limitaciones o prohibiciones impuestas al concursado que matizarían el efecto liberador para las facultades del concursado que tiene la aprobación del convenio, y al registrador le consta la aprobación de este (aunque no su contenido), como manifiesta en su nota calificadora, entiende el notario autorizante de la escritura que hay bastante para inscribir dicho negocio, sin referencia alguna en el acta de inscripción a la hipotética infracción de unas medidas limitativas o prohibitivas.* Será el juez del concurso, caso de ejercitarse en el futuro una acción de reintegración de la masa, el que habrá de valorar si alguien ostenta la condición de tercero de buena fe, pero no le corresponde al registrador impedir el surgimiento de este último, imponiendo la inscripción previa del contenido del convenio. Tercero protegido que nunca podría ser Macarines S.L. al tratarse del pago de un crédito concursal, sometido a la regla del artículo 162 LC para el caso de abrirse la fase de liquidación por incumplimiento del convenio, antes que a la reintegración especial del artículo 137 LC<sup>1</sup>.

### 3. LA SOLUCIÓN DE LA DGRN

La DGRN en su resolución señala que efectivamente una de las cuestiones planteadas por la nota de calificación del registrador y por el recurso del notario es si el convenio concursal debe ser previamente inscrito en el Registro de la Propiedad como exigencia de tracto sucesivo para que pueda a continuación inscribirse la dación en pago. La DGRN considera que, enfocada así la cuestión, procede revocar la nota de calificación, pues aunque la LC prevé la inscripción de la sentencia de aprobación del convenio y la inscripción de las medidas de prohibición o limitación de disponer, no lo hace como un asiento previo indispensable para mantener la cadena del tracto sucesivo. Sin embargo, sí que considera correcto el planteamiento del registrador, cuya calificación confirma en este extremo, en cuanto a la necesidad de aportar el convenio para calificar si existen en él limitaciones o prohibiciones de administración o disposición a efectos de consignarlas, en su caso, como modalidad del contenido del asiento, conforme al artículo 137.2 LC. *La presentación del convenio es pues necesaria para determinar el contenido y alcance de la inscripción de transmisión, es decir, para definir la modalidad de asiento a practicar (art. 434.6 RH)<sup>2</sup>, en relación con la constancia de las limitaciones del artículo 137.2 LC, caso de que existieran.*

Señala la DGRN que una interpretación sistemática de los artículos 132.2 y 137.2 LC llevaría a la conclusión de que siempre que proceda la inscripción de una sentencia aprobatoria del convenio, debería aportarse este para evitar que la publicidad registral sea incompleta, es decir, reflejando, caso de que existan, las medidas del artículo 137.2 LC. Pero sin que ello suponga exigencia de tracto sucesivo para inscribir actos que sean consecuencia del convenio. Al no constar en este caso el contenido del convenio por no haberse aportado, se desconoce si existen o no medidas del artículo 137.2 LC y por lo tanto, no resulta posible, sin más, inscribir la dación en pago, ya que en otro caso quedaría inscrita la dación «sin advertencia alguna sobre si el contenido del convenio afecta o no a la reintegración de la misma, lo que forzosamente repercute en la “modalidad” del asiento a practicar, pues a los efectos de la acción de reintegración, no es lo mismo practicar una dación en pago con o sin limitaciones (según resulten o no del convenio), y tampoco sus consecuencias visto lo dispuesto en el artículo 137.2 LC, cuyo objetivo no es solo dar a conocer a los terceros las medidas prohibitivas o limitativas, sino evitar que pueda llegar a surgir un tercero del artículo 34 de la LH que impidiese el ejercicio de la acción de reintegración que resulta del 137.2 de la ley citada».

#### 4. CRÍTICA DOCTRINAL A LA SOLUCIÓN DE LA DGRN

El notario autorizante de la escritura de dación en pago, que interpuso el recurso gubernativo contra la calificación del registrador ante la DGRN, formuló una crítica doctrinal a la solución de la DGRN que pasamos a resumir a continuación.

Para CABANAS TREJO, aprobado judicialmente el convenio concursal, momento de su eficacia, cesan todos los efectos de la declaración de concurso (arts. 40 y 43 de la LC), de manera que el deudor recupera sus facultades de administración y disposición sobre la masa activa del concurso. A pesar de la exigencia de publicidad registral del artículo 132 LC, *no sería necesaria la previa constancia registral del convenio para legitimar la actuación del concursado, siendo sus actos eficaces pese a tal falta de inscripción, por no ser esta constitutiva*<sup>3</sup>. *Discrepa así del defecto de tracto sucesivo apreciado por el registrador que emitió la calificación.*

No obstante, señala, *resulta más coherente exigir la previa inscripción del convenio y de las medidas prohibitivas o limitativas impuestas en el mismo que la solución dada por la DGRN*, que pretende que el perjuicio a cualquier titular registral se produzca no por la publicidad registral de las medidas en asiento independiente y previo sino por la vía de practicar un asiento (el del adquirente del concursado) sujeto a limitaciones, al amparo del artículo 434.6 RH, y en el cual se haga *mención* de las derivadas del artículo 137.2 LC, siendo esta una indicación que no es reproducible en los asientos de posteriores subadquirentes. Por esta vía, la causa de resolución (rescisión, en este caso) del acto del adquirente del concursado no se puede decir que conste explícitamente en el Registro como exige el artículo 34 LH y en asiento independiente como exige el artículo 137 LC<sup>4</sup>.

*Para el autor, el criterio de la DGRN contradice el artículo 137.2 LC porque obliga a hacer constar las medidas prohibitivas o limitativas impuestas en convenio, cuando la LC las considera de inscripción facultativa y porque no respeta el tipo de asiento para tal constancia*, que según dicho precepto es un asiento de inscripción propio y previo al asiento por el que se inscribe el acto vulnerador de las medidas. Siendo tal asiento propio y previo el que perjudica a cualquier titular registral. Literalmente indica: «La DGRN se ha encerrado en su propio

laberinto al querer potenciar la función calificadora del registrador, por encima de la función de publicidad del mismo registro. La entrada del laberinto está en los artículos 132 y 137 LC, que no han dispuesto la inscripción simultánea de las medidas prohibitivas o limitativas con ocasión de inscribir la sentencia aprobatoria del convenio, sino que admite claramente que esta figure en el registro, sin que se recojan aquellas. Más aún, acepta que nunca se lleguen a registrar. La forma fácil y rápida de evitar el enredo hubiera sido exigir la inscripción coetánea de la sentencia y de las medidas, pero la LC no lo permite, y la DGRN tampoco ha osado ir tan lejos, aunque considere que es la conclusión a la que conduce una interpretación coordinada y coherente de las normas. *La pretensión del registrador de exigir una inscripción previa del contenido del convenio, pero en asincronía con el asiento anterior que recoge la sentencia de aprobación del convenio<sup>5</sup>, salva la exigencia del tracto, pero desprecia la situación de quien presenta su título en el registro, cuando en el mismo no constan esas medidas. En apariencia se respeta el texto del artículo 137.2 LC, pero con grave alteración de las reglas generales que gobiernan la publicidad registral, y sobre todo del principio de prioridad [cva. ntra.]. Pero la solución final que fuerza la DGRN... choca abiertamente tanto con las normas concursales como con las registrales. Con la LC, porque el artículo 137.2 presupone una inscripción previa e independiente de tales medidas, que no se cumple por su mera consignación en un asiento ajeno. Con las normas registrales porque opone al titular registral una circunstancia ausente del registro al tiempo de presentar su título. Encerrada en su propio laberinto la DGRN se niega a reconocer que la única salida posible pasa por inscribir el negocio con arreglo a lo solicitado, o mejor, según el contenido de los asientos registrales existente al presentar el título.*

*Y lo que es peor, puede que al final su prevención tampoco sirva de gran cosa, pues una interpretación rigurosa del artículo 137.2 LC en conexión con los artículos 32 («debidamente inscritos»), 34 («causas que no consten») y 37 LH («causas que consten explícitamente»), ha de llevar a que los posteriores subadquirentes no se vean perjudicados por una causa que no constituye el objeto principal de un asiento de inscripción, pues, como señala el artículo 29 LH, «la fe pública registral no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial», y en este caso lo que pide la LC como condición de aquel perjuicio es una inscripción independiente de las medidas» (cva. ntra.)<sup>6</sup>.*

## II. LA INSCRIPCIÓN DEL CONVENIO COMO EXIGENCIA DE TRACTO SUCESIVO PARA HACER CONSTAR LOS ACTOS DISPOSITIVOS DEL CONCURSADO CONVENIDO

Parece que la solución a la problemática puesta de manifiesto por el caso que dio lugar a la RDGRN de 27 de febrero de 2012 pasa por la defensa de la inscripción previa de la sentencia aprobatoria del convenio y del contenido de este con trascendencia jurídico real, como requisito de tracto sucesivo para la inscripción de los actos dispositivos realizados por el concursado en fase de convenio. Podrían aportarse los siguientes argumentos:

### 1. LA NECESIDAD DE TRACTO SUCESIVO SE APOYA EN LOS ARTÍCULOS 24.2 Y 3 LC

Un argumento a favor de esta inscripción previa puede verse en los artículos 24.2 y 3 LC. Si tratándose del historial jurídico de un deudor inscribible

en el Registro Mercantil o de personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil y que consten en otro registro público (p.e, una fundación), la LC señala que es preciso inscribir las resoluciones judiciales que van marcando las diferentes fases del concurso de acreedores y, concretamente, *la sentencia que aprueba el convenio*, «así como cuantas resoluciones dictadas en materia de intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre los bienes y derechos que integran la masa activa», en virtud de mandamiento dictado por el secretario judicial (art. 24.5 LC) que se remitirá telemáticamente desde el juzgado al registro (art. 24.6.1.º LC), o no siendo posible, se entregará al solicitante del concurso para la práctica inmediata de los asientos (art. 24.6.2.º LC), *hay que pensar que tales resoluciones judiciales deben ir constando en el Registro de la Propiedad, dando lugar a un tracto continuado que vaya publicitando todas aquellas resoluciones concursales con trascendencia jurídico real, y que pondrá el historial registral de la finca en concordancia con el procedimiento concursal y los efectos que este va produciendo sobre los bienes integrados en la masa activa del concurso.*

2. LOS TÉRMINOS IMPERATIVOS DE LOS ARTÍCULOS 109.2 Y 132 LC, A DIFERENCIA DE LOS DEL ARTÍCULOS 111 Y 112 DE LA LC, ABONAN LA EXIGENCIA DEL TRACTO SUCESIVO

Por otro lado, los términos del artículo 109.2 LC, relativos a la inscripción de la sentencia que aprueba el convenio anticipado, son imperativos, pudiendo pensarse que el precepto establece la inscripción no como voluntaria, sino como obligatoria, o por lo menos, entendemos nosotros, *como un requisito de tracto sucesivo*<sup>7</sup>.

Lo mismo cabría decir del artículo 132 LC, relativo a la inscripción de la sentencia aprobatoria del convenio alcanzado en fase de convenio<sup>8</sup>.

Y todo ello a diferencia del auto que ordena la apertura de la fase de convenio (arts. 111 y 112 LC), en relación con el cual solo se prevé su notificación al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento, precisamente por no tener efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor<sup>9</sup>.

3. LA INSCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA APROBATORIA DEL CONVENIO PERMITE LA OponIBILIDAD ERGA OMNES DE LA AUSENCIA DE LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO, EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO UNIVERSAL AÚN NO CONCLUIDO

El convenio concursal, que vincula a la totalidad de los acreedores ordinarios y subordinados del deudor respecto de los créditos anteriores a la declaración de concurso, aunque por cualquier causa no hubieran sido reconocidos (art. 134 LC), es un negocio jurídico de tipo transaccional que puede consistir en un convenio de novación objetiva modificativa de los créditos existentes (art. 136 LC)<sup>10</sup>, o bien puede consistir en un convenio normativo que regule la celebración de futuros contratos con ciertos acreedores o con terceros (*cfr.*, arts. 100.2.3.º y 4.º; y 100.3 y 5 LC), obligando entonces a la celebración de tales contratos, so pena de incumplimiento del convenio, y a respetar en su celebración los acuerdos establecidos en aquel (*arg., ex* arts. 138 a 140 LC)<sup>11</sup>. Esta eficacia del convenio concursal, que se produce desde la fecha de la sentencia que lo aprueba (art. 133.1 LC), sería una eficacia meramente obligacional.

Junto a ella, el artículo 133.2; 3 y 4 LC prevé otros efectos (cese de todos los efectos de la declaración de concurso regulados en el Título III de la LC, salvo el deber de colaboración e información del art. 42 LC) que incluyen el cese de la administración concursal y por lo tanto, la recuperación por el deudor de sus facultades de administración y disposición. Este es ya un efecto de indudable trascendencia jurídico real (art. 7 RH), y de ahí la inscribibilidad de la sentencia aprobatoria del convenio.

Sin publicidad de esta sentencia, no hay publicidad registral de la recuperación por el deudor de sus facultades dispositivas (extinción de las prohibiciones judiciales de disponer y de administrar impuestas por el auto de declaración de concurso y publicitadas mediante la anotación/inscripción de la declaración de concurso, con arreglo al art. 24.4 LC). La inscripción de la mencionada sentencia permite la oponibilidad *erga omnes* de la ausencia de limitaciones patrimoniales del concursado, en el marco del procedimiento universal aún no concluido.

Señala GUTIÉRREZ GILSANZ que «si la declaración del concurso tiene una relevancia extraordinaria en el mercado y resulta lógico que se procure su conocimiento por medio de los periódicos oficiales y se busque la publicidad que otorgan los registros públicos, *no es menos relevante que se apruebe un convenio que evita la liquidación del patrimonio del deudor concursal y es una cuestión de seguridad jurídica que especialmente los interesados, aunque también el público en general, puedan acceder a su conocimiento*» (cva. ntra.)<sup>12</sup>.

PAU PEDRÓN considera que «no es necesaria la previa inscripción del convenio para inscribir un negocio celebrado durante esa fase del concurso. Ni la inscripción es constitutiva ni lo exige el principio de tracto sucesivo... El registrador deberá, en cumplimiento de su función calificadora, examinar el contenido del convenio y comprobar su coherencia con el negocio que se pretende escribir, pero no podrá exigir la previa inscripción del convenio». Ahora bien, siguiendo la doctrina más matizada de la RDGRN de 18 de abril de 2012, añade que si al registrador le consta la existencia del convenio *puede solicitar su aportación*, no para su inscripción previa y separada o por la obligatoriedad de esta, sino para comprobar si se articularon medidas prohibitivas o limitativas. Y que *puede verificar la inscripción de la sentencia aprobatoria y, además, de las medidas adoptadas en el convenio, para que la publicidad registral sea íntegra, siempre que se solicite la inscripción de aquella sentencia* (art. 132 en relación con art. 137, interpretados sistemáticamente)<sup>13</sup>.

También en contra de la necesidad de previa inscripción del convenio para poder inscribir los actos realizados por el concursado en la fase de convenio, GÓMEZ GÁLLIGO, quien señala que si el convenio es de quita o espera, al inscribir la enajenación realizada por el concursado en fase de convenio no se arrastra el concurso como carga y se cancela la anotación de concurso (si bien se podrán ejercitar acciones revocatorias sobre la base del art. 37 LH). En cambio, si el convenio contiene medidas prohibitivas o limitativas de las facultades dispositivas del concursado, el concurso si se arrastra como carga en la inscripción de la enajenación «de manera que el adquirente queda afectado por ella. *Lo que está claro es que para inscribir en el Registro de la Propiedad las transmisiones de los bienes del concursado o la constitución de derechos reales sobre los mismos, que cumplan los requisitos legales para ello, no es necesario inscribir previamente el convenio (RDGRN de 18 de abril de 2012). Basta con tener conocimiento del contenido del convenio para poder calificarlo, pero no se puede argumentar el principio de tracto sucesivo y exigir que esté previamente inscrito, pues ya hemos argumentado que*

*el concurso es una circunstancia relativa a la capacidad de la persona, donde no rigen los principios propios de los derechos reales (prioridad o tracto sucesivo)*»<sup>14</sup>.

Pero, salvo mejor opinión fundada en Derecho, pensamos que otros argumentos podrían abonar la exigencia de inscripción previa.

Así, podría ocurrir que, según lo que conste en el Registro (por la anotación o inscripción de concurso), este esté cerrado al acto dispositivo realizado con posterioridad a la aprobación del convenio y que pretenda su acceso registral (*arg. ex. art. 17 LH, art. 145 RH y art. 40 LC*)<sup>15</sup>.

Por otro lado sería posible que no hubiera identidad entre el derecho inscrito (sujeto a la carga de la prohibición de disponer derivada del auto declaratorio del concurso) y el derecho que se pretende inscribir (ya no sujeto a tal carga, extinguida extrarregistralmente por efecto de la aprobación del convenio), *si no consta previamente inscrito el levantamiento de tal carga (arg. ex art. 17 LH a sensu contrario)*. El principio de tracto sucesivo presenta un aspecto material que orienta la conducta del registrador en el sentido de que «*el derecho que se pretende inscribir ha de coincidir con el derecho previamente inscrito (transmisión del derecho) o ha de estar contenido en él (constitución de un derecho real limitado), debiendo extenderse la identidad a todos los elementos del derecho*» (cva. ntra.)<sup>16</sup>.

Además, si se considera que la limitación patrimonial del concursado impuesta en el auto declaratorio del concurso afecta a la capacidad de obrar del titular registral, no habrá identidad entre el titular registral que figura en el folio (afecto a limitación en su capacidad dispositiva) y el titular del derecho que según el título inscribible otorga el acto en fase de convenio.

Por otro lado, si, según la RDGRN de 18 de abril de 2012, caso de presentarse para su inscripción la sentencia aprobatoria del convenio, debería solicitarse este para que *la publicidad registral fuese completa* en relación con posibles medidas limitativas o prohibitivas impuestas al concursado<sup>17</sup>, del mismo modo cabe argumentar que *para que la publicidad registral sea completa, a lo que atiende el principio de tracto sucesivo*, sería necesario hacer constar en el Registro, el efecto producido por la sentencia aprobatoria del convenio sobre los efectos producidos por el auto declaratorio del concurso que consta registralmente (art. 132 en relación con los arts. 133.2 y 24.4 de la LC), antes de inscribir los actos dispositivos otorgados por el concursado durante la fase de convenio<sup>18</sup>.

También el principio de especialidad se vería afectado por la falta de inscripción previa de la sentencia aprobatoria del convenio pues, anotada en el Registro la situación concursal (con sus consecuencias de intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor) e inscrito luego un acto dispositivo otorgado sin la intervención de los administradores concursales, el Registro estaría publicando dos situaciones aparentemente contradictorias, e incidiendo con ello en la exigencia de claridad en los pronunciamientos del Registro y de concordancia de este con la realidad extrarregistral derivadas del principio de especialidad.

#### 4. LA PREVIA INSCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA APROBATORIA DEL CONVENIO TAMBIÉN FACILITA LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

Es posible que como consecuencia del convenio deban realizarse daciones en pago, para las cuales ya no es precisa la autorización judicial (arts. 43, 100.3.2.º, 134, 147 y 155.4 LC). Si el convenio figura previamente inscrito, hay publicidad previa de tal circunstancia y constará p.ej., que el crédito hipotecario que grava el

bien puede extinguirse por dación en pago al acreedor hipotecario en los términos del convenio, lo que facilita la labor calificadora del registrador.

Hay que tener en cuenta también que el comienzo de la eficacia del convenio supone el fin de la paralización de las ejecuciones (arts. 55, 56.1 y 57 LC). Así por ejemplo, cabría ejecutar bienes para el cobro de créditos privilegiados (con privilegio general) no afectados por el convenio y podrían reanudarse las ejecuciones de garantías reales sobre bienes necesarios para la actividad profesional (siempre que el convenio no las afectase, *arg., ex art. 56.1 LC en relación con el art. 134.2 y 3 LC; la afectación podría darse por decisión del acreedor privilegiado o por arrastre*). Resulta evidente, pues, que la inscripción de la sentencia aprobatoria del convenio (y el correspondiente contenido del convenio) es requisito *sine qua non, para poder inscribir (o no) el testimonio del decreto por el que se apruebe el remate o la adjudicación en las ejecuciones seguidas contra bienes del concursado sobre los que conste anotado o inscrito el concurso de acreedores*.

Igualmente, de acuerdo con lo señalado por la STS de 3 de mayo de 2017 que se apoya en los artículos 133.2 y 50 LC en relación con los artículos 143.2 y 141.3 y 4 y 147 del mismo cuerpo legal «el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los artículos 8 y 50 de la Ley desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento del mismo o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, lo que, además, se encuentra en armonía con que durante ese espacio de temporal el concursado recupere su actividad profesional o empresarial a través precisamente del convenio». Ello implica que si la anotación preventiva de demanda se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad una vez anotada la situación concursal y sin que conste inscrita la sentencia aprobatoria del convenio, el registrador de la propiedad, sobre la base del artículo 100 RH y 8.4.º LH debe denegar la inscripción, si procede el mandamiento de órgano judicial diverso del juez del concurso<sup>19</sup>. Y como solo puede acceder al Registro aquello que es posible según lo que en el mismo Registro consta (*arg., ex art. 17, 20 y 38 LH*), la inscripción previa de la sentencia que aprueba el convenio se presenta como requisito imprescindible para el acceso o apertura del Registro (art. 17 LH *a sensu contrario*) a tales anotaciones preventivas de demanda<sup>20</sup>.

Lo que no implica que deba cancelarse la anotación preventiva o la inscripción de concurso, pues este continúa abierto hasta su conclusión, y muchos efectos del Título III de la LC continúan produciéndose durante la fase de convenio<sup>21</sup>.

5. LA SOLUCIÓN DADA POR LA DGRN NO PARECERÍA SER DEL TODO CONFORME CON EL ARTÍCULO 137 LC NI CON ALGUNOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

Finalmente, cabe indicar que la manera de operar señalada por la DGRN en sus resoluciones de 27 de febrero de 2012, 18 de abril de 2012 y 13 de diciembre de 2013 (solicitar el convenio para la calificación del acto dispositivo a inscribir, otorgado por el concursado en fase de convenio, y practicar un asiento sujeto a las limitaciones del art. 137.2 LC, con mención de las medidas limitativas impuestas en el convenio en el asiento), introduce cierta opacidad en la institución registral, pues los terceros subadquirentes que compren el bien quedarán confusos en cuanto al alcance de la limitación del asiento de su transmitente, *al no figurar previamente inscritas en el Registro, en asiento especial e independiente, las medidas prohibitivas o limitativas impuestas al concursado. La constancia en*



el asiento de su transmitente (que según CABANAS TREJO, no puede arrastrarse como carga por constituir una mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial) no puede perjudicarles (art. 29 LH, en el sentido de imposibilidad de afectación de lo meramente mencionado a terceros<sup>22</sup>) y, por consiguiente, no impediría el surgimiento de un tercero hipotecario del artículo 34 LH, que es lo que precisamente persigue el artículo 137.2 LC. De igual modo, el simple arrastre del concurso como carga (la anotación preventiva o inscripción del art. 24.4 LC) en el asiento del adquirente del concursado (caso de existir limitaciones o prohibiciones en el convenio), tampoco solucionaría el problema, pues el subadquirente ignorará el alcance de la carga, por no figurar previamente inscritas en asiento independiente las prohibiciones o limitaciones derivadas del convenio, lo que afectaría al principio hipotecario de especialidad<sup>23</sup>. Incluso, si se considerase que la limitación mencionada en el asiento del adquirente del concursado constituye una suspensión a la fe pública registral semejante a la de los artículos 28 o 207 LH, pero establecida en beneficio del concurso, limitación que se haría constar en el acta de inscripción y en toda forma de publicidad registral durante la vigencia de dicha limitación, el problema radicaría también en que esta no parece ser la forma de suspender la actuación de la fe pública prevista por la LC, que supedita el perjuicio a todo titular registral al hecho de la inscripción previa, separada y especial de las medidas limitativas o prohibitivas de las facultades dispositivas del concursado impuestas en el convenio (art. 137.2 LC).

### III. LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS PROHIBITIVAS O LIMITATIVAS IMPUESTAS AL CONCURSADO EN EL CONVENIO

Cuestión discutida por la doctrina es la naturaleza de las medidas limitativas o prohibitivas que pueden imponerse al concursado en el convenio. Si constituyen prohibiciones de disponer o administrar, o si no son más que meras obligaciones impuestas al concursado<sup>24</sup>.

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 concurso 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>25</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>26</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, en nues-

tra opinión, también pretenden 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)<sup>27</sup>.

En todo caso, sea una u otra la naturaleza de estas medidas, que estarán vigentes hasta el término indicado en el artículo 141 LC, su finalidad es evitar que en la enajenación de bienes se produzca cualquier perjuicio a los acreedores<sup>28</sup>, determinando la inscripción de las mismas su oponibilidad *erga omnes*.

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 73 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 facilitaría la oponibilidad *erga omnes*.

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). 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. 140.4 LC).

La inscripción de estas medidas, 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).

La existencia de un asiento que publica estas medidas tampoco implica el cierre registral para embargos que se anoten por créditos contraídos por el concursado después de la aprobación del convenio o por ejecuciones derivadas de créditos privilegiados no sujetos a convenio. Si bien, estos acreedores podrían solicitar la apertura de la liquidación en el supuesto indicado en el artículo 142.2.II LC<sup>29</sup>.

#### IV. TRACTO SUCESIVO Y POSIBILIDAD DE NO INSCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS SEGÚN EL ARTÍCULO 137 LC

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 también del régimen del artículo 137 LC que habla de inscribibilidad, pero parte de la posibilidad de la no inscripción<sup>30</sup>.

Sin embargo, esto no es del todo cierto. Si el registrador solicita la sentencia aprobatoria del convenio como exigencia de tracto sucesivo y el convenio para calificar el acto dispositivo, 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.

## V. INFRACCIÓN DE LAS MEDIDAS PROHIBITIVAS O LIMITATIVAS IMPUESTAS EN EL CONVENIO

La infracción de estas medidas al realizar actos dispositivos constituye, como se ha indicado antes, incumplimiento del convenio, cuya solicitud puede 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 previsto 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<sup>31</sup>. Según GUTIÉRREZ GILSANZ, 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. El ejercicio de la acción de reintegración destinado a «declarar la ineficacia del acto contrario a las medidas prohibitivas o limitativas y a restituir el bien salido de la masa, corresponde a la administración concursal, una vez abierta la liquidación, pudiendo solicitar su ejercicio tanto los acreedores como quienes hubieran sido parte en el acto»<sup>32</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>33</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 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, o de la acción rescisoria concursal, basada en el perjuicio).

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 (o acreedor adquirente) 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,

como hemos indicado antes, 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 arts. 132 y 137 LC.*

## VI. CONCLUSIONES

I. La mención, en el asiento de inscripción del adquirente del concursado, de las medidas limitativas o prohibitivas impuestas al concursado en el convenio no responde al sistema de publicidad y oponibilidad a terceros previsto por el artículo 137 LC para dichas medidas.

II. La exigencia de previa constancia de la sentencia aprobatoria del convenio y del contenido de este con trascendencia jurídico real, para la inscripción de los actos otorgados por el concursado convenido, favorece la seguridad jurídica y la calificación registral, responde a los principios de prioridad y especialidad y permite dar cumplimiento a la exigencia de que al Registro acceda todo lo que es posible según lo que en el mismo Registro consta.

## VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 7 de noviembre de 2017
- STS de 3 de mayo de 2017
- ATS de 24 de enero de 2012
- AAP de Alicante (Sección 8.<sup>a</sup>), de 19 de julio de 2011
- RDGRN de 2 de octubre de 2009
- RDGRN de 13 de octubre de 2011
- RDGRN de 26 de enero de 2012
- RDGRN de 27 de febrero de 2012
- RDGRN de 18 de abril de 2012
- RDGRN de 8 de abril de 2013
- RDGRN de 13 de diciembre de 2013
- RDGRN de 8 de junio de 2015

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2002). *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. Barcelona: Librería Bosch, S. L.
- CÁBANAS 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 PDF).
- CANO MARCO F. y MARTÍN 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*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.
- DÍAZ REVORIO, E. (2016). Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 39, 149-200.
- GALEOTE MUÑOZ, M.<sup>a</sup> del P. (2010). El sistema de publicidad de las resoluciones concursales en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20, 277-306.

- GARCÍA GARCÍA, J.M. (2011). *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Tomo II. Madrid: Civitas.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (2016). Derechos reales y concurso de acreedores (1) en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 25, 1-14 (formato electrónico).
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2017) (1). Comentario al artículo 111 LC. Auto de apertura y convocatoria de la Junta de acreedores. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer (1370-1374).
- 2017 (2). 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 (3). Comentario al artículo 134 LC. Extensión subjetiva. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer (1496-1504).
- 2017 (4). Comentario al artículo 136 LC. Eficacia novatoria. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid: Wolters Kluwer (1507-1510).
- 2017 (5). 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 (6). 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). La anotación preventiva de concurso en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm., 763, 2724-2749.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2017). *Compendio de Derecho Civil. Tomo III. Derechos reales e hipotecario*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- PAU PEDRÓN, A. (2015) (1). Procedimiento concursal y Registro de la Propiedad. <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficinaregistralt/estudios/procedimiento-concursal-y-registro-de-la-propiedad/> 1-38.
- 2015 (2). Procedimiento concursal y el Registro de la Propiedad. En: A. Rojo y A. Belén Campuzano (coord.). *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: Liber amicorum*. Vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch, (2299-2359).
- SÁNCHEZ CALERO, F.J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2015). *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. Valencia: Tirant lo Blanch.

## NOTAS

<sup>1</sup> Artículo 162 LC: «1. Si a la liquidación hubiese precedido el cumplimiento parcial de un convenio, se presumirán legítimos los pagos realizados en él, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores. 2. Quienes hubieren recibido pagos parciales cuya presunción de legitimidad no resultara desvirtuada por sentencia firme de revocación, los retendrán en su poder, pero no podrán participar en los cobros de las operaciones de liquidación hasta que el resto de acreedores de su misma clasificación hubiera recibido pagos en un porcentaje equivalente».

<sup>2</sup> Artículo 434.6 RH: «Del propio modo, en las notas de despacho se hará constar sucintamente el carácter o modalidad del asiento practicado cuando difiera de lo solicitado o pretendido en el título».

<sup>3</sup> CABANAS TREJO, 2012, 4.

<sup>4</sup> CABANAS TREJO, 2012, 8-12.

<sup>5</sup> Aunque no se hizo constar en la nota simple informativa remitida por el Registro a la Notaría la situación de concurso de la transmitente que hacía la dación en pago, el dato constaba en los libros del Registro por una inscripción anterior (practicada en el folio del edificio en construcción y dividido horizontalmente). Igualmente constaba la aprobación del convenio anticipado de acreedores, el cese de los efectos de la declaración de concurso y de los administradores concursales. El registrador quiso inscribir previamente a la dación en pago de la vivienda, *el contenido del convenio*, por si en este figuraban medidas prohibitivas o limitativas impuestas al concursado (CABANAS TREJO, 2012, 15).

<sup>6</sup> CABANAS TREJO, 2012, 13-14.

<sup>7</sup> El artículo 109.2.2.º LC indica que «la sentencia se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento y *se publicará conforme a lo previsto en los artículos 23 y 24 de esta Ley*».

<sup>8</sup> El artículo 132 LC indica que «*se dará a la sentencia por la que se apruebe el convenio la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 de esta Ley*».

<sup>9</sup> Dicho auto cierra la fase común, ordena la formación de la sección quinta, relativa al convenio y/o liquidación, la convocatoria de la Junta de acreedores o que se proceda a la tramitación escrita del convenio (*Vid.*, GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (1), 1370-1374). Artículo 112 LC: «Declarada la apertura de la fase de convenio y durante su tramitación seguirán siendo aplicables las normas establecidas para la fase común del concurso en el título III de esta Ley». Así, los artículos 40 y 43 LC. En la doctrina, GARCÍA GARCÍA ha defendido la inscripción de la sentencia aprobatoria del convenio como obligatoria, considerando que el registrador (aunque no lo exija la Ley), debe pedir la aportación del convenio a efectos registrales para comprobar la existencia o no de medidas prohibitivas o limitativas y proceder a su inscripción conforme al artículo 137.2 LC (GARCÍA GARCÍA, 2011, 4144; citado por CABANAS TREJO, 2012, nota 11).

<sup>10</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (4), 1509-1510.

<sup>11</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (3), 1497.

<sup>12</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (2), 1485.

<sup>13</sup> PAU PEDRÓN, 2015 (1), 13.

<sup>14</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, 2016, 6. *Vid.*, sobre la naturaleza jurídica de las limitaciones impuestas al concursado por el auto declaratorio del concurso y la inaplicación del principio de prioridad, *op. cit.*, 2-4).

<sup>15</sup> En nuestra opinión, las limitaciones patrimoniales del concursado constituyen prohibiciones judiciales de disponer y administrar (JIMÉNEZ PARÍS, 2017). Considerando que la declaración de concurso afecta a la situación subjetiva del titular registral y que la anotación de concurso es similar a la inscripción de resoluciones sobre incapacidad contempladas en el artículo 2.4 LH, *vid.*, RDGRN de 26 de enero de 2012 y STS de 7 de noviembre de 2017.

<sup>16</sup> SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2015, 114.

<sup>17</sup> Aunque esta RDGRN hace dicha declaración, lo cierto es que su tenor general sigue la línea marcada por la RDGRN de 27 de febrero de 2012 en cuanto a no ser precisa la previa inscripción del convenio registral para la inscripción de una dación en pago posterior al convenio. Señala literalmente la resolución «...se plantea la cuestión de si el convenio debe ser previamente inscrito en el Registro de la Propiedad como condición previa para que pueda seguidamente inscribirse la dación en pago, debe partirse, según lo indicado en el fundamento jurídico anterior, de la existencia del convenio aprobado [reseñado en la escritura] pero sin que conste cual sea su contenido. Enfocada así la cuestión, es decir, como un problema de previa inscripción del convenio o tracto sucesivo, no procede confirmar el defecto. La Ley Concursal prevé la inscripción de la sentencia de aprobación del convenio y la inscripción de las medidas de prohibición o limitación de disponer, pero no como un asiento previo indispensable para mantener la cadena del tracto sucesivo. Es, en cambio, acertado el planteamiento de la nota de calificación del registrador, cuando parte de la necesidad de la calificación del convenio y las limitaciones de las facultades de administración y disposición que puedan afectar a la dación en pago. De la escritura calificada se desprende la situación concursal de la sociedad transmitente así como que la misma se encuentra en la fase de convenio, por lo que plantea la nota calificadora la necesidad de aportación de la sentencia por la que se aprueba dicho convenio y del testimonio de este último para su calificación

simultánea con la escritura de dación en pago, a fin de determinar el contenido y alcance de la propia inscripción de la transmisión, es decir, para definir la «modalidad de asiento» a practicar a que hace referencia el párrafo sexto del artículo 434 del RH; en este caso, en relación a la constancia o no de las limitaciones a que se refiere el artículo 137.2 de la Ley Concursal, caso de que existieran, una vez calificado dicho convenio. La Ley Concursal menciona la inscripción del convenio en dos preceptos que son los artículos 132.2 y 137 de la misma. En el primero de ellos se prevé la publicidad registral de la sentencia aprobatoria del convenio y en el segundo la publicidad de las medidas prohibitivas o limitativas del convenio. *Una interpretación coordinada y coherente de ambos preceptos llevaría a la conclusión de que siempre que proceda la inscripción de una sentencia aprobatoria del convenio, debería aportarse este para evitar que la publicidad registral sea incompleta, reflejando en su caso, es decir, en el caso de que existiesen, las medidas prohibitivas o limitativas a que hace referencia el artículo 137.2, y no solo la sentencia aprobatoria del convenio.* En el caso que nos ocupa el notario hace constar en la escritura que ha tenido a la vista «testimonio de los convenios aprobados sin que en ninguno de ellos exista ningún acuerdo relativo a las fincas objeto de la escritura». Ni el testimonio de la sentencia ni el del convenio aparecen trasladados a la copia presentada. Tampoco consta el contenido del convenio en la diligencia de constancia a que se refiere el anterior fundamento jurídico de esta resolución. Aquella escueta reseña que hace el notario autorizante no puede considerarse ni testimonio por exhibición ni siquiera testimonio en relación, sino mera referencia de los documentos que se le han exhibido, y que no permiten al registrador ejercitar su función calificadora respecto al contenido del convenio. El registrador tiene que calificar si existen o no medidas prohibitivas o limitativas que pudieran afectar al ejercicio de la acción de reintegración respecto de la dación en pago, y de existir tiene que reflejarlas en el asiento respectivo. En otro caso, quedaría inscrita una dación en pago sin advertencia alguna sobre si el contenido del convenio afecta o no a la reintegración de la misma, lo que forzosamente repercute en la «modalidad» del asiento a practicar, pues a los efectos de la acción de reintegración, no es lo mismo practicar una dación en pago con o sin limitaciones (según resulten o no del convenio), y tampoco sus consecuencias visto lo dispuesto en el artículo 137.2 de la Ley Concursal, cuyo objetivo no es solo dar a conocer a los terceros las medidas prohibitivas o limitativas, sino evitar que pueda llegar a surgir un tercero del artículo 34 de la LH que impidiese el ejercicio de la acción de reintegración que resulta del 137.2 de la ley citada. *Procede en consecuencia no atender los argumentos del registrador relativos al tracto sucesivo y compartir los que recoge respecto a la constancia registral, previa calificación en su caso, de sus medidas prohibitivas y limitativas en relación con la modalidad de asiento a practicar a efectos de terceros y de la acción de reintegración del artículo 137.2 de la LC; y concretamente sobre la necesidad de aportación del convenio, no para su inscripción previa o separada o por la obligatoriedad de esta, sino para la comprobación de si se articularon medidas prohibitivas o limitativas de las facultades de administración o disposición; y, por tanto, para su constancia registral solo en el supuesto de que tales medidas prohibitivas o limitativas resultaran del convenio (sin que de existir tales medidas impidan la inscripción, sin perjuicio de modalizar el contenido de la inscripción que ha de hacerse de la misma, según lo indicado).*

<sup>18</sup> Esta idea puede apoyarse en el AAP de Alicante (Sección 8.ª), de 19 de julio de 2011, que revoca la resolución del Juzgado Mercantil. Este había desestimado la solicitud de las concursadas por la que se instaba al Juzgado a librar mandamiento al Registro de la Propiedad con el fin de anotar en determinadas fincas registrales la sentencia aprobatoria del convenio. El Juzgado se había negado a tal solicitud por entender que aún no había concluido el concurso y que inscrito el convenio y, por lo tanto, desinscritas las limitaciones impuestas al concursado por el auto declaratorio del concurso, ante una enajenación de las fincas podría surgir un tercero del artículo 34 LH que no fuese afectado por la resolución del convenio en caso de incumplimiento. *La Audiencia revoca esta resolución por entender que el artículo 132 LC ordena dar la misma publicidad establecida en el artículo 24.4 LC para el auto declaratorio del concurso, que así la publicidad registral de los bienes de las concursadas concuerda con la situación procesal del concurso donde se ha aprobado el convenio; y porque anotada la declaración de concurso en las fincas registrales, «tiene sentido que se publique la aprobación del convenio pues con el mismo, según el artículo 133.2 LC, desaparecen los efectos*

de la declaración de concurso (entre ellos la limitación de las facultades de administración y disposición de las concursadas) y se produce la cesación en el cargo de los administradores concursales pues no consta en el convenio que se hubiera encomendado a aquellos la realización de determinadas funciones hasta su íntegro cumplimiento». Por otro lado, indica la sentencia, el riesgo del surgimiento de un tercero hipotecario frente a la resolución del convenio, «puede evitarse mediante el establecimiento en el convenio de medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor, las cuales serían inscribibles en el Registro de la Propiedad como expresa el artículo 137 LC. En nuestro caso, al no haberse establecido en el convenio ninguna medida prohibitiva o limitativa a las concursadas no puede el Juez de oficio impedir que se inscriba la sentencia de aprobación del convenio en los folios correspondientes a las fincas registrales para tratar de evitar lo que los acreedores pudieron haber establecido en el convenio y no lo hicieron».

<sup>19</sup> Cfr., RDGRN de 2 de octubre de 2009.

<sup>20</sup> Como señalan SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, la exigencia de tracto del artículo 20 LH debe entenderse referida no solo a la inscripción o anotación de títulos sino a la registración de cualquier acto inscribible, ya sea voluntario, ya sea emanado de un procedimiento judicial o administrativo (SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2015, 114-115). Como señala PAU PEDRÓN, con cita de la RDGRN de 8 de abril de 2013 y del ATS de 24 de enero de 2012, aprobado el convenio es posible practicar anotaciones de embargo ordenadas por Juzgados o Administraciones diversos del juez del concurso (PAU PEDRÓN, 2015 (1), 27-28). Pero la práctica de tales anotaciones de embargo también requeriría la previa apertura del Registro por la inscripción de la sentencia que aprueba el convenio.

<sup>21</sup> Apoya esta idea la RDGRN de 13 de diciembre de 2013 que, aparte de seguir la línea marcada por las RRDGRN de 27 de febrero de 2012 y 18 de abril de 2012, señala igualmente que *aprobado el convenio por sentencia, y practicada su inscripción, no procede la cancelación por mandamiento judicial de la anotación de concurso, ni a fortiori una actuación de oficio del registrador en tal sentido*. Pues la existencia de un convenio aprobado no pone fin al procedimiento que solo finaliza cuando así lo declare el propio juez de lo mercantil por auto en el que se declare su cumplimiento (art. 176 LC). Además, vigente el convenio puede instarse la acción de incumplimiento (art. 140 LC), lo que puede conllevar su resolución y la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 143 LC). Por otro lado, incluso en ausencia de medidas limitativas o prohibitivas del artículo 137 LC, algunos de los efectos de la fase común del concurso previstos en el Título III de la LC subsisten y se extienden a la fase de convenio, algunos de ellos con indudable trascendencia registral (así, puede continuar la paralización de la ejecución si se estableció en el convenio y fue aceptado por el acreedor hipotecario), las ejecuciones hipotecarias que se reanuden siguen siendo competencia del juez del concurso en tanto no conste la conclusión del concurso (art. 57 y 176 LC). Igualmente continúan otros efectos como la suspensión del devengo de intereses (art. 59 LC), la interrupción de la prescripción de las acciones contra el deudor por créditos anteriores a la declaración, que según el artículo 60.1 LC se extiende desde la declaración de concurso hasta su conclusión o las limitaciones respecto a las daciones en pago que impone el artículo 100.3 LC durante la fase de convenio. Por todo ello, la aprobación del convenio no puede comportar la cancelación de la anotación o inscripción de la declaración de concurso (RDGRN de 13 de octubre de 2011).

<sup>22</sup> Cfr., O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2017, 360. Artículo 29 LH: «La fe pública del Registro no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial». De acuerdo con el artículo 98 LH: «Los derechos personales no asegurados especialmente, las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada y los legados no legitimarios que no hayan sido anotados preventivamente dentro del plazo legal no tendrán la consideración de gravámenes a los efectos de esta Ley y serán cancelados por el registrador a instancia de parte interesada». Artículo 353.3 RH: «Las menciones, derechos, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipotecas o cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la LH, no se comprenderán en la certificación. A este efecto, se entenderá también solicitada la cancelación que proceda por el solo hecho de pedirse la certificación, y se practicará mediante extensión de la correspondiente



*nota marginal cancelatoria, antes de expedirse aquella. Del mismo modo podrá procederse cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado.* Si la solicitud de certificación se realiza por quien no es titular de la finca o derecho, o cuando el asiento a practicar no sea de inscripción, el registrador advertirá al solicitante o presentante antes del despacho de la certificación o de practicar el asiento que estos darán lugar a la cancelación de las cargas caducadas conforme a lo dispuesto en este artículo».

<sup>23</sup> El principio de especialidad exigiría que en el Registro constase algo más que el arrastre de la carga del concurso para que la rescindibilidad del acto contrario al convenio afectase a tercero hipotecario. Con tal arrastre, la causa de rescisión no figura en los libros y el tercero subadquirente podría alegar en tal sentido. En cambio, si la medida prohibitiva o limitativa figura inscrita en asiento independiente, el Registro publica la causa de la resolución (mejor, rescisión) y por ello no puede surgir un tercero hipotecario (arts. 32, 34 y 37 LH).

<sup>24</sup> CABANAS TREJO, 2012, 4-5.

<sup>25</sup> ALBALADEJO, 2002, 274-275.

<sup>26</sup> Al igual que ocurre con el arrendamiento (art. 2.5 LH) o con la opción de compra (art. 14 RH).

<sup>27</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ considera que «su naturaleza puede ser la de verdaderas prohibiciones que afectan a la *eficacia* del acto, igual que ocurre con la suspensión y la intervención. La diferencia con estas últimas está en que el acto contrario despliega sus efectos mientras no se haga valer la ineficacia judicial o extrajudicialmente»... «La inscripción no es necesaria para la validez o existencia de las medidas, pero la falta de inscripción hace que no perjudiquen a terceros de buena fe. En todo caso la inscripción no impide el acceso a los registros públicos de los actos contrarios» [GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (5), 1512].

<sup>28</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (5), 1511-1512.

<sup>29</sup> Tras la aprobación del convenio, el concursado recupera su actividad profesional o empresarial; puede contraer nuevas obligaciones y puede haber ejecuciones por créditos contra la masa o privilegiados no sujetos a convenio. En este sentido se pronuncia la RD-GRN de 8 de junio de 2015. Señala la DGRN que del sentido gramatical del artículo 133 LC resulta que la aprobación del convenio implica la sustitución de los efectos de suspensión o intervención en las facultades del concursado propias de la declaración de concurso por las previsiones establecidas, en su caso, en el propio convenio, las cuales no pueden exceder de quitas, esperas u otras medidas, puesto que las que pudieran afectar a la capacidad o al poder de disposición propio del concursado no suponen un cierre del registro a tenor del artículo 137 LC. Es decir, aprobado el convenio, resulta de aplicación plena y sin las ataduras del concurso la responsabilidad patrimonial universal, aunque sin que ello pueda suponer, en principio, perjuicio alguno para los acuerdos alcanzados en sede concursal, cuyo reflejo registral no se elimina de los bienes inscritos a nombre del concursado. *Por lo tanto, aprobado el convenio, quedan superados los efectos del artículo 55 LC ligados a la declaración de concurso, y de ahí que sea posible practicar la anotación de un embargo tanto por créditos privilegiados no afectados por el convenio como por créditos contraídos con posterioridad a la declaración de concurso, sin perjuicio de la protección del cumplimiento del convenio, que queda reforzada puesto que la práctica de la anotación de embargo no implica la cancelación de la constancia registral de la situación de concurso y de la aprobación de convenio. «De esta manera, las actuaciones o ejecuciones llevadas a cabo, bien cumpliendo las estipulaciones del convenio, bien cuando se amparen en la exclusión del mismo a dicha actuación (como ocurre en el caso de los créditos privilegiados no adheridos al convenio) o cuando se encuentren justificadas por créditos contra la masa nacidos después de la declaración del concurso, son perfectamente válidas y no requieren la intervención del juez de lo mercantil pudiendo llevarse a cabo por vía de apremio ordinario o administrativo dentro de los parámetros normales de competencia judicial o administrativa del órgano ejecutivo que en cada caso correspondan», pudiendo procederse a practicar anotaciones de embargo en el folio de las fincas pertenecientes a la concursada.* Artículo 142.2 LC: «El deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquel. Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación. Si el deudor no solicitara la liquidación

durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el artículo 2.4. Se dará a la solicitud el trámite previsto en los artículos 15 y 19 y resolverá el juez mediante auto si procede o no abrir la liquidación».

<sup>30</sup> CABANAS TREJO 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 (oponibilidad *erga omnes*). Ahora bien, para evitar el surgimiento de un tercer subadquirente posterior, protegido por la fe pública registral (art. 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). *El artículo 137.2 LC parte, pues, de la posibilidad de que la publicidad de la situación de convenio no sea íntegra y por lo tanto, que pueda aparecer un tercero protegido por la institución registral* (CABANAS TREJO, 2012, 4-7).

<sup>31</sup> Cfr.: PAU PEDRÓN, 2015 (1), 15 y GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (5), 513.

<sup>32</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (5), 1513. 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 (Ibidem).

<sup>33</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (6), 1532-1533.

## 2. MERCANTIL

# Las Juntas generales clandestinas y la buena fe

## *Clandestine general shareholders meetings and good faith*

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 20 de septiembre de 2017 analiza las consecuencias legales de las Juntas generales clandestinas.

**ABSTRACT:** *The judgment of the Spanish Supreme Court dated 20 September 2017 analyses the legal consequences of the clandestine general shareholders meetings.*

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de sociedades. Impugnación de acuerdos sociales. Buena fe.

**KEY WORDS:** *Corporate Law. Challenging corporate agreements. Good faith.*

**SUMARIO:** I. LOS ANTECEDENTES DEL CASO.—II. LA BUENA FE, EL ABUSO DE DERECHO Y LAS JUNTAS GENERALES CLANDESTINAS.—III. INCUMPLIMIENTO LEGAL Y ESTATUTARIO VS. VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

### I. LOS ANTECEDENTES DEL CASO

En la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4012) se aborda el conocido tema relativo a la consideración de la clandestinidad o convocatoria sorpresiva de una Junta general, así como las consecuencias derivadas de esta circunstancia.

Como resumen de antecedentes el Fundamento de Derecho Primero de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo nos menciona lo siguiente:

1. La compañía mercantil Europea de Promociones Solares S.A., constituida el 20 de abril de 2005, tiene un capital social de 215.000 euros, dividido en 2.150 acciones nominativas, repartidas en la siguiente proporción: 1075 acciones (50% del capital social) pertenecientes a D. Cornelio; 774 acciones (36% del capital social) pertenecientes a D.<sup>a</sup> Andrea; 301 acciones (14% del capital social) pertenecientes a la comunidad hereditaria de D. Victorio.

2. Desde su constitución, todas las Juntas generales de la sociedad se habían celebrado en la modalidad de Junta universal, hasta la Junta general extraordinaria de 9 de marzo de 2011, cuya convocatoria se anunció mediante publicación en el BORME y en el diario El Correo de Andalucía, de Sevilla.

3. A la Junta general de 9 de marzo de 2011 solo asistió el hasta entonces administrador solidario, D. Cornelio. En la misma se acordó cesar a la otra administradora solidaria, Dña. Andrea, y se nombró administrador único al Sr. Cornelio.

4. Dña. Andrea y Dña. Isabel, D.<sup>a</sup> Socorro y Dña. Candelaria (como herederas de D. Victorio) interpusieron una demanda contra la sociedad Europea de Promociones Solares S.A., en la que solicitaron la nulidad de la junta general de 9 de marzo de 2011 y de los acuerdos adoptados en la misma, así como la cancelación de los asientos registrales a que hubiera dado lugar. Basaban su pretensión en la existencia de abuso de derecho y mala fe en la convocatoria de la Junta general, efectuada con la finalidad de impedir el derecho de asistencia de los accionistas minoritarios.

La sentencia del juzgado mercantil argumenta, sintéticamente, que la forma de convocar la junta impugnada, absolutamente novedosa en la práctica de la sociedad durante años, tuvo por finalidad apartar a Dña. Andrea del órgano de administración, como finalmente así aconteció, impidiendo su posible oposición así como de la del resto de socios.

La sentencia de segunda instancia considera que, pese a que la junta se celebró de acuerdo con las previsiones legales, concurrió un claro abuso de derecho por parte del administrador solidario, por las siguientes y resumidas razones: (i) Ha quedado probado que lo usual era acordar verbalmente la celebración de junta que adoptaba la forma de Junta universal, sin que tuviese mucho sentido el gasto de publicar una convocatoria de Junta general en el BORME y en un diario de los de mayor circulación de la provincia del domicilio social; (ii) Si circunstancias posteriores imposibilitaban la Junta universal, el administrador convocante debería haber actuado con buena fe y comunicar al resto de socios que se cambiaba el modo de convocatoria y se optaba por el procedimiento ordinario previsto legalmente, máxime cuando una de tales socias era coadministradora solidaria. (iii) Al no hacerlo así, incurrió en abuso de derecho, e incluso en fraude de ley. (iv) Las normas sobre convocatoria de Junta general que contiene el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792 y 2400) (en adelante, LSC) tienen como finalidad garantizar que los socios tengan conocimiento de la reunión que ha de celebrarse y de los asuntos a tratar, de modo que puedan ejercer sus derechos políticos, estableciendo al mismo tiempo un sistema que no impida en la práctica la efectividad de la convocatoria en aquellos casos en que la sociedad esté conformada por un gran número de socios que haga sumamente dificultosa una notificación individual que deje constancia a todos y cada uno de ellos. (v) En el caso de sociedades en que por el escaso número de socios que las integran sea habitual la comunicación personal a los socios de la convocatoria de la junta, la utilización sorpresiva y sin aviso previo exclusivamente del sistema previsto en el artículo 173 LSC supone una aplicación torticera del mismo, con la finalidad contraria a la legalmente querida, es decir, tratar de que el otro socio no pueda enterarse de la convocatoria y ejercer sus derechos políticos, que es precisamente lo que con toda claridad ha ocurrido en el caso.

Teniendo en cuenta los anteriores antecedentes, la decisión de la Sala es la siguiente:

«1. Cuando la junta general no se constituye como junta universal, su convocatoria habrá de realizarse en la forma prevista por la Ley o los estatutos para que su celebración sea válida. El artículo 173.1 LSC, en su redacción vigente a la fecha de celebración de la junta impugnada, establecía que la convocatoria se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social; previsión que venía recogida en los mismos términos en los estatutos sociales. En principio, pues, la convocatoria será correcta y la junta no podrá ser tachada de nulidad si se cumplen tales requisitos.

No obstante, habrá supuestos en que procedería la sanción de nulidad si se acreditara el ánimo del convocante de que el anuncio pasara desapercibido, lo que puede deducirse, por ejemplo, de la ruptura de la que, hasta entonces, había sido la pauta general para convocar las juntas (notificación personal, anuncio en un diario concreto). Es el caso de la sentencia de esta Sala 272/1984, de 2 de mayo, en que no se citó personalmente al accionista mayoritario, una sociedad francesa, «como usualmente se venía haciendo». O de la sentencia 171/2006, de 1 de marzo, que confirmó la sentencia que declaró la nulidad de la junta, pues aunque el diario era de los de mayor difusión en la provincia, no lo era en la isla del domicilio y, sobre todo, se omitió «el aviso personalizado que todo parece indicar se practicó otras veces». A su vez, la sentencia 1039/1999, de 9 de diciembre (RJ 1999, 9483), advirtió que este tipo de situaciones encuentran mejor acomodo en el artículo 7 del Código Civil (LEG 1889, 27) (mala fe y abuso del derecho) que en el artículo 6.4 (fraude de ley) del mismo Código.

2. La sentencia recurrida no se aparta de dicha jurisprudencia, ni siquiera de la fijada en la última de las resoluciones citadas, que se invoca expresamente en el recurso, puesto que en dicha sentencia 1039/1999 no se consideró acreditado el sustrato fáctico necesario para apreciar el abuso de derecho; porque la aplicación de la doctrina del abuso del derecho, o la apreciación de mala fe, depende de las circunstancias del caso concreto, que es precisamente lo que destaca la mencionada resolución.

Es más, resulta significativo que ante el supuesto bloqueo en las votaciones la solución sea convocar una junta sin comunicarlo a la coadministradora solidaria, cuando precisamente el objetivo primordial de su celebración era su cese. O por lo menos, haber avisado con antelación a los socios que, en lo sucesivo, las convocatorias se harían conforme a lo previsto legal y estatutariamente.

Lo relevante no es la diligencia de la Sra. Andrea en relación con los medios por los que pudo conocer la publicación de la convocatoria en el BORME y en un diario de Sevilla, como pretende la recurrente (publicación de la convocatoria en dicho boletín y en un periódico que no se había realizado nunca desde la constitución de la sociedad), sino las circunstancias en las que se produjo la convocatoria y la valoración de la actuación unilateral del coadministrador solidario, a fin de determinar si se corresponde con un modelo de conducta que pueda ser considerado honesto y adecuado. Y no cabe considerar que su actuación fuera adecuada cuando rompió el hábito seguido durante toda la vida de la sociedad, no avisó a los socios del abandono de dicho uso y el acogimiento al sistema previsto en la ley y los estatutos, ni tampoco

advirtió a su coadministradora solidaria que iba a convocar una junta en la que se iba a discutir su cese.

3. Razones por las cuales este primer motivo de casación debe ser desestimado.

Por tanto, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2017, confirmando el fallo de apelación y desestimando por tanto el recurso de casación, entiende que:

(i) Si bien hay que partir del régimen legal y estatutario de convocatoria de la Junta general, la adecuación a derecho de dicha convocatoria solo se produce una vez analizadas las circunstancias en las que se produjo la convocatoria así como de la actuación del convocante.

(ii) La convocatoria no se considera adecuada y por lo tanto ha de carecer de la eficacia correspondiente a la misma cuando el convocante se ha apartado del sistema de convocatoria seguido durante la vida social y no avisa de dicho cambio a los socios. Es decir, se considera que no se actúa de buena fe cuando la convocatoria había venido siendo efectuada verbalmente por parte del órgano de administración competente a los socios para la celebración de Juntas Generales Universales sustituyéndolo por el sistema legal y estatutario de convocatoria, máxime en aquellos casos en que trasciende un enfrentamiento social.

## II. LA BUENA FE, EL ABUSO DE DERECHO Y LAS JUNTAS GENERALES CLANDESTINAS

El principal antecedente jurisprudencial existente sobre la materia lo podemos encontrar en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 mayo 1984 (*RJ* 1984, 2392), que estima la nulidad de una Junta general por ocultamiento en cuanto a la convocatoria y celebración de la misma, razonando lo siguiente:

«(...) si bien “ciertamente y como se ha expresado anteriormente aparecen cumplidos los requerimientos legales para llevar a efecto la fusión», y aquí cita todos los preceptos que se dicen indebidamente aplicados, no es menos cierto, y así resulta del examen conjunto de la prueba practicada, que toda esa actuación dentro de la normativa legal, es llevada a cabo, pese a su aparente publicidad, en forma que hay que acusar de furtiva frente a ‘Etablissements B., S. A.’ de París, accionista mayoritario de ‘B. Española, S. A.’ poseedora del 50% de sus acciones, que por razón de su domicilio social, al no serle comunicada en forma directa, como usualmente se venía haciendo, la convocatoria de la Junta General Extraordinaria en la que debía debatirse el acuerdo de fusión (así como antes no se le comunicó la creación por varios accionistas de ‘B. Española’ de ‘B. Europa, S. A.’, sociedad con idéntica finalidad social, inoperante, teniendo como socios fundadores la esposa e hijo del mayoritario accionista español), no pudo conocer la publicidad meramente formal de aquella convocatoria y del acuerdo adoptado, celosamente ocultado y anteriormente preparado con la exclusiva finalidad de lograr su eliminación de la sociedad (...).

Que ello tiene su adecuado encaje, no en los preceptos que quienes recurren estiman infringidos por la sentencia combatida y sí en el

séptimo, dos del Código Civil en cuanto la eliminación de la sociedad recurrida en la tantas veces citada Junta General Extraordinaria se obtuvo (tercer considerando) ‘contrariando las exigencias de buena fe que deben presidir el ejercicio de los derechos conforme el artículo 7.º del Código Civil y que se producen ocultando la verdad a quienes no pueden conocerla por razón de residencia y haber puesto su confianza en la situación jurídica existente’, extremos estos que al no aparecer atacados en forma en el presente recurso, adquieren la condición de probados”».

Por lo tanto, las notas inherentes a la ineficacia de la convocatoria de la Junta general y de la celebración de la misma han venido consistiendo, como afirma, FARRANDO MIGUEL<sup>1</sup>, en una anormalidad en el ejercicio (circunstancia objetiva) y en la voluntad de perjudicar o la ausencia de interés legítimo (circunstancia subjetiva), como por ejemplo, con el ánimo espurio de eliminar a un socio de la vida social.

En cuanto a la circunstancia objetiva, como observa FARRANDO MIGUEL (*vid. op. cit.*), en la práctica jurisprudencial se ha venido declarando la existencia de una convocatoria de una Junta General con infracción del principio de la buena fe en los supuestos en que se interrumpe la práctica consistente en convocar a los socios en una forma complementaria a la prevista legal y estatutariamente.

Este requisito de convocatoria en forma complementaria ha de ser una práctica habitual y reiterada, puesto que de lo contrario la Jurisprudencia no estima la existencia de práctica contraria a la buena fe y en abuso de derecho.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2001 (*RJ* 2001, 1002), cuando razona que:

*«solamente una vez parece haber tenido lugar este medio de llamada [convocatoria directa], de propia voluntad y no por imposición estatutaria, sin más repetición para otras ocasiones».*

Sin embargo, no es menos cierto que también existen pronunciamientos claramente contrarios, con un gran calado *ius* positivista, cuyos exponentes pueden constituirlos la sentencia de Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999, 9483), cuando falla lo siguiente:

*«Y en el caso que se enjuicia faltan ambos requisitos, porque la su-puesta norma de cobertura no solo crea apariencia de legalidad, sino que da “protección total” (sentencias de 23 de febrero y 30 de junio de 1993 [RJ 1993, 1227 y RJ 1993, 5341] y 23 de enero 1999) al acto realizado, en cuanto que la convocatoria de la Junta de la Sociedad Anónima se ajusta a su contenido, y falta que el resultado conseguido vulnere una norma prohibitiva, porque con la observancia del artículo 97 LSA se da preciso cumplimiento a las exigencias legales del caso, y no se elude o soslaya ningún otro precepto del ordenamiento jurídico, sin que quepa incluir en este unas prácticas habituales, comportamientos usuales, o similares, ni siquiera un ordenamiento contractual (sentencias de 3 de noviembre 1992 [RJ 1992, 9190] y 4 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8373])».*

Con igual resultado negativo, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 1629), cuando establece que:

*«mal puede argumentarse la existencia de fraude de ley y de abuso de derecho cuando se actúa de conformidad con el propio texto de una norma especialmente previsto para el supuesto de que se trate, toda vez que [...] la sociedad...], utilizó, en el proceso de aumento de capital, el sistema y medio de comunicaciones a los socios que literalmente prevé la Ley [...], y regulan, además, sus propios Estatutos Sociales [...] y que, asimismo, habían venido siendo utilizados por la mercantil para la comunicación con sus socios —por ejemplo para convocar Juntas Generales— desde hacía varios años».*

Sigue destacando FARRANDO MIGUEL (*vid. op. cit.*) otras circunstancias que han venido apreciándose en la Jurisprudencia como supuestos de convocatorias de Juntas Generales contrarias a las exigencias de la buena fe y del abuso de derecho. En este sentido, pueden citarse los supuestos en que se ha convocado la Junta en una circunstancia anormal como puede ser la constancia en un diario de escasa difusión en el lugar de celebración de la Junta General o bien en aquellos supuestos en los que se realiza en un diario diferente a los que habitualmente adquieren los socios convocados.

En el primer sentido, podemos señalar la sentencia del Tribunal Supremo núm. 171/2006 de 1 de marzo de 2006 (*RJ* 2006, 725), que afirma:

*«Tal es lo que ocurre en el caso que nos ocupa. La Sentencia recurrida basa su convicción sobre la carencia de una información suficiente respecto de la convocatoria de la Junta en la omisión del aviso personalizado, que “todo parece indicar” se practicó otras veces. Y tal omisión no puede ser justificada por el hecho de haber publicado la convocatoria en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, como exige el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206), cuando se trata de una provincia formada por varias islas y se da la circunstancia de que el citado medio tiene escasa difusión en la isla en la que tiene la sede la sociedad y en la que se ha de celebrar la Junta, y más cuando ha habido una ruptura entre los dos socios que venían a dominar la compañía y uno de ellos aprovecha la ocasión para dominar ampliamente en el capital social mediante una inversión que, en relación con los activos que pasan a quedar bajo su control, es realmente de escasa entidad».*

En el segundo de los sentidos, encontramos la sentencia del Tribunal Supremo núm. 886/2003 de 25 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003, 7004), que establece que:

*«así como entendió fraudulenta la convocatoria de la Junta General Extraordinaria, no porque no se cumplieren los requisitos formales para la validez de la misma, requisitos que, no tienen otro objeto que hacer público, para general conocimiento, tanto el hecho de la convocatoria, como el orden del día, pero que los juzgadores de instancia entendieron que el conocimiento de la convocatoria, se hurtó fraudulentamente a la demandante y coadministradora de la sociedad, como se ha dicho, de carácter familiar, en los que son socios únicamente, los dos cónyuges y el hijo mayor, en fecha en la que todavía vivían junto el matrimonio, y no solo no se le hace saber a la esposa y coadministradora la convocatoria de la Junta General, sino que el anuncio de la convocatoria, se hace en un periódico de la provincia, distinto al que habitualmente*



*adquiere la familia, por lo tanto, manteniendo torticeramente a la esposa en desconocimiento de la convocatoria de Junta General, celebrada sin asistencia de la Sra. Rocío, en la que se acordó la separación del cargo de administradora a esta».*

Respecto de la circunstancia subjetiva, el Tribunal Supremo la ha apreciado en casos en que se pretendía la eliminación de uno de los socios del capital social, como es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1984 (*RJ* 1984, 2392), o bien, para dominar el capital social tal y como se analizó en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2006 (2006/725).

Una vez atendido lo anterior, es decir, el cúmulo objetivo y subjetivo de requisitos que viene exigiendo nuestra Jurisprudencia del Tribunal Supremo, nos resta preguntarnos en estos momentos cuál es la consecuencia jurídica que debemos ofrecer como respuesta al supuesto de hecho consistente en la celebración de una Junta General clandestina o sorpresiva, para lo que hemos de atender a la configuración de la misma como un supuesto de acto contrario a la buena fe o incluso como un acto ejercitado en abuso de derecho, no siendo clara la respuesta que se ofrece jurisprudencialmente al respecto, aunque con acierto —sostenemos de antemano— que puede sostenerse la coexistencia de ambas calificaciones en la gran mayoría de los supuestos, dada la ausencia de nitidez definitoria de los mismos, que se produce en la generalidad de las situaciones.

Entendemos que el anterior deslinde en este campo que nos ocupa, entre acto contrario a la buena fe o acto abusivo no ha sido objeto de gran interés ni en nuestra doctrina ni en nuestra Jurisprudencia, aunque sí destacamos la propuesta que realiza ALFARO ÁGUILA-REAL<sup>2</sup> al respecto, cuando razona lo siguiente:

«Se trata de un incumplimiento indirecto del “contrato social” precisamente porque los socios se deben entre sí la buena fe lo que, en circunstancias como las del caso que comentamos, obligan al socio administrador a tener en cuenta el interés del otro socio en asistir a la junta y, por tanto, a utilizar un medio de comunicación de la convocatoria que, razonablemente, permita a este tomar conocimiento de la convocatoria cuando, como es el caso de los administradores solidarios (y también, a nuestro juicio, de los mancomunados) tienen la facultad de convocatoria de la junta. Hay abuso de derecho porque el administrador es socio. Si el administrador no es socio y no actúa en su propio interés, no podríamos calificar la convocatoria de abusiva porque el administrador se haya limitado a cumplir con lo previsto en los estatutos sociales. Simplemente, el administrador no ejercita ningún derecho. Cumple una función y, por tanto, no es de aplicación la prohibición de abuso de derecho. Habrá incumplimiento de sus deberes como administrador.

Por tanto, la calificación de estas convocatorias clandestinas como abusivas tiene sentido cuando podemos reprochar al administrador haber actuado a sabiendas en perjuicio de un socio concreto y en conflicto de interés, conflicto que sufre en su condición de administrador por el hecho de ser, simultáneamente, socio de la sociedad.

En realidad, podríamos decir que el administrador que así actúa infringe lo dispuesto en el artículo 228 a) LSC —desviación de poder— por cuanto el poder que se le atribuye para convocar juntas no puede ser utilizado para desplazar de la administración a un socio que no podrá tener conocimiento de la convocatoria por el método elegido por el administrador para realizar la misma. Recuérdese que el artículo 228 a) LSC no solo prohíbe a los administradores usar sus facultades para fines espurios. Hace algo más. Les ordena que solo utilicen sus facultades como administradores para el fin para el que se les concedieron. Lo

que significa, a contrario, que este precepto impone a los administradores un deber de pasividad o imparcialidad en relación con las disputas entre los socios. Un administrador no puede utilizar las facultades de convocatoria para favorecer a uno de los socios en disputa con el otro. Lo de «ni quito ni pongo rey pero ayudo a mi señor» no va con los administradores sociales. «Ayudar a mi señor» (o, en este caso, al propio administrador que es también socio) utilizando para ello las facultades de un administrador constituye un ejemplo señero de desviación de poder».

Para una comprensión y análisis de la anterior propuesta, estimamos que hemos de empezar por el razonamiento que sobre el abuso del derecho y el ejercicio contrario a la buena fe nos efectúa MIQUEL GONZÁLEZ<sup>3</sup>, cuando nos enseña lo siguiente: «Las diferencias entre ambas figuras no son claras. Los intentos doctrinales de delimitación no parecen haber conseguido su objetivo. Tampoco puede decirse que la jurisprudencia lo haya logrado satisfactoriamente (...).

De modo aproximado podemos decir que el ejercicio del derecho contra la buena fe ataca la confianza suscitada en la otra parte; o bien, una regla de coherencia de la propia conducta por imperativos éticos; la buena fe también condena el ejercicio de un derecho obtenido de forma desleal. Se desenvuelve en el marco de una relación especial entre las partes, en la que impone un deber de mutua consideración o lealtad recíproca. En el abuso de derecho hay una violación, dentro de los límites formales de un derecho o de una norma, de los valores contenidos en ellos o de la idea axiológica ínsita en el derecho subjetivo o en la norma. En el abuso del derecho, el problema se aborda, al menos inicialmente, desde la óptica de los derechos absolutos, por ejemplo, la propiedad, como un problema del ámbito de libertad reconocido por el derecho o la norma. La cuestión ha sido la de determinar hasta qué punto un acto que cae formalmente dentro de ese ámbito del *habere licere* puede ser antijurídico y desencadenar responsabilidad extracontractual o una acción negatoria, especialmente en las relaciones de vecindad pero también, modernamente, en el ámbito de la competencia desleal. (...) En estos casos, en principio, no hay una relación previa entre las partes. El abuso del derecho parece haberse originado del conflicto entre derechos absolutos definidos de modo individualista y criterios finalistas moralizadores y socializadores. La buena se desarrolla como principio para resolver conflictos entre los valores de la honestidad, fidelidad, confianza legítima y las reglas legales de *ius strictum* (...).

Desde otra óptica se distingue entre abuso individual, como una contradicción en el ámbito de la interacción subjetiva, un abuso institucional en el ámbito de la organización de la Sociedad y del mercado y finalmente un abuso del derecho como conflicto que se produce en un plano social más elevado donde chocan diversos sistemas sociales de carácter parcial y sus respectivos valores (derechos fundamentales, libertad de expresión, derecho a la huelga, libertad de conciencia)».

En realidad, entendemos con JUSTE MENCÍA, en relación con la explicación del artículo 228 a) de la Ley de Sociedades de Capital, que el mismo impone a los administradores en cumplimiento de su deber de lealtad el no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas, por lo que el supuesto de hecho de esta norma está regulando el conocido caso del «abuso de facultades» que ya se previera en el artículo 144 del Código de Comercio y en el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, como caso de responsabilidad de los administradores.

En este sentido, JUSTE MENCÍA razona lo siguiente: «El presupuesto de aplicación de la norma es la realización de actos en el ejercicio de facultades propias del cargo, para la que los administradores están habilitados. No se trata, por lo tanto, de actos que exceden de aquellas competencias, ya sea en el plano de la administración societaria o de la representación de esta frente a los terceros, sino de actuaciones formalmente válidas o regulares, pero viciadas por el abuso del propio derecho, que el legislador de sociedades define por referencia a la finalidad con que se han realizado»<sup>4</sup>.

En la óptica de la teoría general representativa, hemos de acudir a las enseñanzas de DÍEZ-PICAZO para entender el significado del abuso de poder en la representación voluntaria, o en este caso, abuso de facultades en la representación orgánica<sup>5</sup>, cuando razonaba lo siguiente: «El abuso del poder de representación presupone la existencia formal del poder y la actuación del apoderado dentro de los límites formales del poder. Implica, sin embargo, una utilización del poder de representación para una finalidad distinta de la perseguida por el poderdante y en función de unos intereses distintos de los del poderdante.

Ajustándose estrictamente la distinción entre instrucciones y límites (*vid. supra*, 186) hay que llegar a la conclusión de que el acto del apoderado, situado formalmente dentro de los límites del poder, es eficaz frente a terceros aunque se haya producido desviación o abuso. Las consecuencias del abuso deben producirse en línea de principio únicamente en la relación interna entre representado y representante, donde generará un deber de resarcimiento o de indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, en aquellos casos en que el tercero hubiera conocido o debido conocer el carácter abusivo o desviado del acto de ejercicio del poder, por el representante, entendemos que este hecho es determinante de la ineficacia del negocio estipulado por el representante con el tercero. El caso más claro será aquel en que el tercero sea de alguna manera el beneficiario directo del acto abusivo o resulte cómplice de él. A nuestro juicio, la solución debe ser la misma siempre que el tercero conozca el carácter abusivo del acto del apoderado. (...) El defecto del acto contemplado parece un defecto causal: nulidad por causa ilícita».

Pues bien, en nuestra opinión el acto del administrador convocando una Junta General sorpresiva o clandestina, tanto si es socio, como si no, claramente supone el ejercicio de un derecho y por tanto no puede excluirse del ámbito de aplicación de la teoría del abuso del derecho el caso de que el administrador no sea socio, puesto que el acto de convocatoria lo realiza en ejercicio de un derecho previsto legalmente aunque lo ejecuta, eso sí, de una forma diferente o con una finalidad distinta para lo que le fue concedido, lo que entraña realmente un ejercicio abusivo del derecho.

Si bien es cierto, que la línea de distinción no es clara entre el ejercicio del derecho contrario a la buena fe y el acto ejecutado en abuso de derecho, el supuesto analizado consistente en el abuso de facultades al que hace referencia el artículo 228 a) de la Ley de Sociedades de Capital que impone a los administradores en cumplimiento de su deber de lealtad el no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas, entendemos que ha de ser considerado como un caso de abuso de derecho, según la distinción en línea de principio que podemos hacer. En este sentido, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>6</sup>, explicaban convincentemente lo siguiente: «Al lado de los límites que hasta ahora hemos mencionado, es posible encontrar unos límites genéricos aplicables a todos los derechos y que se fundamentan en la idea misma de lo que el derecho sea y de la finalidad para la cual es concedido o atribuido al particular.

Estos límites genéricos o institucionales se apoyan sobre estas bases:

1.<sup>a</sup>. El ejercicio del derecho debe hacerse conforme a las convicciones éticas imperantes en la comunidad.

2.<sup>a</sup>. El ejercicio de un derecho debe ajustarse a la finalidad económica o social para la cual ha sido concedido o atribuido al titular.

La primera consideración lleva a la exigencia de que el ejercicio de un derecho se ajuste a los dictados de la buena fe. La segunda impone la prohibición del abuso del derecho».

### III. INCUMPLIMIENTO LEGAL Y ESTATUTARIO VS. VULNERACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

Una vez ubicado el problema que nos ocupa, las Juntas generales clandestinas o sorpresivas, dentro de la interdicción general del abuso del derecho que proscribe el artículo 7.2 del Código Civil y concretamente como un supuesto de abuso de facultades del administrador social prohibido por el artículo 228 a) de la Ley de Sociedades de Capital, nos resta conocer cuál es la consecuencia jurídica que ha de anudarse a esta situación.

Desde la óptica general de la prohibición del abuso del derecho, el perjudicado no solo puede solicitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios sino también la correspondiente nulidad del negocio.

En este sentido, DíEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>7</sup> se pronuncian sobre los remedios del perjudicado del siguiente modo: «El daño que se ocasione al ejercitar abusivamente un derecho por medio de un negocio jurídico. Es posible, entonces, que el perjudicado pretenda, más que la indemnización, la nulidad de ese negocio, lo que debe ser amparado por los tribunales admitiendo la legitimación para ejercitar la correspondiente acción de nulidad.

La cuestión se planteó en la sentencia de 24 de febrero de 1959. La usufructuaria de unos bienes poseía la facultad, atribuida por el testador que se los dejó, de enajenarlos en caso de necesidad. Con el exclusivo propósito de perjudicar los derechos del nudo propietario, el cual consolidaría su plena propiedad en los bienes que quedasen a la extinción del usufructo y de los que aquella no hubiera dispuesto, procedió a unas enajenaciones. Solicitada la nulidad por el nudo propietario, se accedió a ello sobre la base del abuso del derecho detectado en la conducta enajenante, pero el Tribunal Supremo, si bien se muestra de acuerdo en esa fundamentación y en la nulidad consecuente, declara que en el caso de autos no procedía estimarla, porque los adquirentes de los bienes desconocieron los móviles, el abuso del derecho que mediaba.

Afirma el Tribunal Supremo, con carácter general, que «[la] aplicación [de la doctrina del abuso del derecho] lleva o a la nulidad del acto de extralimitación de facultades jurídicas o a su limitación dentro de los cauces del normal ejercicio del derecho o, en último momento, a la indemnización del perjuicio indebidamente causado [...]».

De nuevo, ÁLFARO ÁGUILA-REAL<sup>8</sup>, tras la toma en consideración de las consecuencias derivadas del ejercicio de las acciones contra los acuerdos sociales infractores y en particular desde el análisis de la nulidad de los acuerdos sociales contrarios al Orden Público, opina lo siguiente: «A nuestro juicio, la cuestión de

si las juntas falsamente universales o las juntas clandestinas son infracciones contrarias al orden público o no está mal planteada (incluyéndome a mí mismo en el error) porque es una cuestión que no puede decidirse en abstracto. Es decir, hay juntas falsamente universales (se dice que asistieron todos los socios y que todos los socios aceptaron la celebración de la junta y el orden del día pero no es así) y hay juntas convocadas clandestinamente (se cumplen los requisitos legales de convocatoria a sabiendas de que el socio no se enterará y con el objetivo de que no se entere) que deben considerarse impugnables y juntas falsamente universales o convocadas clandestinamente que deben considerarse contrarias al orden público o nulas de pleno derecho.

Como hemos dicho en otro lugar, hay que distinguir en función del contenido de los acuerdos adoptados en esas juntas falsamente universales o clandestinas y reservar la calificación de acuerdos contrarios al orden público para los adoptados en tales juntas que sean gravemente lesivos para la sociedad o alguno de los socios. Esta valoración se extrae del artículo 292 del Código Penal. Parece razonable, en efecto, que si un acuerdo es contrario al orden público porque se han infringido gravemente normas imperativas dictadas para proteger valores o intereses importantes, antes de calificar como contrarios al orden público los acuerdos adoptados examinemos el contenido de los acuerdos. De esta forma, por ejemplo, el hecho de que se haya fingido la participación en una junta de uno de los socios (o que se le haya ocultado dolosamente la convocatoria) no puede acarrear la calificación de contrariedad al orden público si en la junta se adoptaron los acuerdos propios de la junta ordinaria, esto es, se aprobaron las cuentas y la gestión social pero sí serlo cuando los acuerdos perjudican gravemente a algunos de los socios o al interés social en beneficio del convocante (expropiación o apropiación indebida por parte de los socios mayoritarios).

La discusión al respecto nos la ofrece la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 28 de julio de 2016 (Id Cendoj: 36038370012016100400), que falla lo siguiente:

*«En efecto, la actuación enjuiciada constituye un supuesto paradigmático de abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo, sancionado en el artículo 7.2 del Código Civil (al tratarse de una acción —convocatoria— y una omisión —ausencia de comunicación a través del medio idóneo del que se disponía— que, por la intención de su autor, sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho), o, más propiamente, de fraude ley previsto en el artículo 6.4 del Código Civil (el cumplimiento aparente, realizado al amparo del texto de una norma, pero que persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él).*

*En ambos casos, la sanción es la misma, esto es, la nulidad de pleno derecho de la actuación viciada por infracción de una norma imperativa/prohibitiva. Infracción que, aunque a efectos dialécticos se entendiese que no atenta contra el orden público, constituiría en todo caso una flagrante infracción de la ley, para cuya impugnación el artículo 205 LSC concede el plazo de un año.*

*La acción de impugnación no está afectada, pues, por el plazo de caducidad, y, a la vista de las consideraciones expuestas, sea porque se estima atentatoria contra el orden público, sea porque en todo caso viola materialmente la ley, debe ser estimada, con la consiguiente declaración de nulidad de la Junta general extraordinaria y de los acuerdos allí aprobados».*

La meritada sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra justifica su decisión sobre la base de que la jurisprudencia refiere o conecta el concepto de orden público, de acuerdo con la doctrina, a los principios y directivas que, en cada momento, informan las instituciones jurídicas y que, por considerarse esenciales por la sociedad, no pueden ser derogadas por los particulares (SSTS 120/2006, de 21 de febrero, 841/2007, de 19 de julio, 222/2010, de 19 de abril, y 120/2015, de 26 de marzo, y las que en ellas se citan).

La STS 596/2007, de 30 de mayo, en relación con un supuesto de nulidad por inexistencia de las juntas supuestamente celebradas, abordado por esta misma Sección 1.<sup>a</sup>, repasó la jurisprudencia sentada en esta materia:

*«Cierto que no es sencillo precisar los contornos del concepto, pero resulta indudable que no cabe limitar su alcance en los términos que se hace en el recurso. Así resulta de una exégesis de la doctrina pronunciada por esta Sala. La sentencia de 18 de mayo de 2000 dice que «en el orden jurídico el concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales es de los denominados indeterminados, y que generalmente se aplica a acuerdo, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad, la de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 CE». La doctrina es recogida en las Sentencias de 4 de marzo de 2002, que añade que «el concepto de orden público se sustenta especialmente en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los principios básicos del orden social en su vertiente económica, ya que de sociedades de capital se trata», y de 26 de septiembre de 2006, que, después de la cita de la doctrina de la Sentencias anteriores y de indicar «que la jurisprudencia de esta Sala ha utilizado de forma restrictiva el concepto abierto orden público, en orden a admitir la excepción de la falta de caducidad», resalta que «de aquí que deba considerarse como contrario al orden público un acuerdo que vulnere de algún modo normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, así como normas relativas a derechos fundamentales». La Sentencia de 11 de abril de 2003 recoge la doctrina de las Sentencias de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979 diciendo que el orden público nacional «está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada». La Sentencia de 28 de noviembre de 2005, después de poner de relieve las dificultades de fijación del concepto, y que, presentado como excepción a la regla de caducidad de las acciones de impugnación, debe ser aprehendido en sentido restrictivo a fin de evitar la destrucción de la regla de la caducidad, sin duda establecida en seguridad del tráfico, centra el concepto, de acuerdo con la doctrina más autorizada, en los «principios configuradores de la sociedad» a que se refiere el artículo 10 del TRLSA o cuando, como en el caso de la STC 43/1986, de 15 de abril, en que el acuerdo lesiona los derechos y libertades del socio. Y, finalmente, la Sentencia de 21 de febrero de 2006 indica que «el término orden público se utiliza para designar un conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de la organización social, reflejan los valores que informan cada una de las instituciones contempladas en el ordenamiento (Sentencia de 5 de febrero*

de 2002)», y añade que «en ocasiones esos principios, por estar ya contenidos en normas positivas, constituyen un elemento diferenciador entre dos categorías de las mismas, y, en todo caso, el acuerdo puede ser contrario al orden público por su contenido o por su causa, lo que permite valorar el propósito práctico perseguido con el acuerdo».

Y la misma sentencia concluía que:

*«crear la apariencia de una Junta universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de socios que desconocen su existencia ataca los más elementales principios de la vida social; y los acuerdos, que por su causa, infringen la normativa legal (arts. 99 LSA y 48 LSRL) afectando al orden público societario».*

Poco después, la STS 841/2007, de 19 de julio, insistía en la misma línea doctrinal, reiterando la expuesta en la STS 596/2007, de 30 de mayo, en el sentido de que:

*«cualquiera que sea la concepción que se tenga del orden público a estos efectos, no puede entenderse que resulte indemne a actos falsarios, que vulneran frontalmente el nivel participativo de los socios allí donde es conceptual y legalmente indispensable, a lo que añadía que «crear la apariencia de una Junta universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de socios que desconocen su existencia ataca los más elementales principios de la vida social; y los acuerdos, por su causa, infringen la normativa legal (arts. 99 y 48 LSA), afectando al orden público societario».*

La STS 222/2010, de 19 de abril, tras recordar que el término orden público se suele emplear para designar el conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de una determinada organización social, reflejan los valores que, en cada momento, informan sus instituciones jurídicas, y aclaraba, con referencia al artículo 116 LSA, precedente del que nos ocupa, que entre «las normas que incorporan esos valores se encuentran aquellas que disciplinan aspectos esenciales del sistema societario».

En suma, como destaca la STS 120/2015, de 16 de marzo, aunque también en referencia a los artículos 116.1 y 115.2 LSA, dichos preceptos aluden al orden público dando por supuesto que está amparado por la norma infringida, con lo que, al fin, viene a establecer una subcategoría dentro de los acuerdos contrarios a la Ley.

Y, precisamente porque se trata de una válvula del sistema jurídico compuesta por un conjunto de directivas de contenido indeterminado, «para identificar, en cada caso, su contenido en un ámbito como es el societario, habrá que tomar en consideración los principios esenciales del régimen de las sociedades, para ponerlos en relación con las circunstancias del supuesto litigioso».

Este concepto jurisprudencial de orden público «circunstancial» ha tenido su reflejo en la reforma del artículo 205.1, operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que, al establecer el plazo general de caducidad de un año, exceptúa el caso de que la impugnación «tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá»; se añade así a los supuestos de que el acuerdo fuera contrario al orden público por su causa o contenido, el que lo sea en atención a las concretas circunstancias concurrentes.

Tras este repaso jurisprudencial genérico sobre el entendimiento del Orden Público en el campo del Derecho de Sociedades, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 28 de julio de 2016 concluye como línea de principio lo siguiente:

*«Llegado este punto podemos extraer dos conclusiones. En primer lugar, cuando la norma menciona los actos contrarios al «orden público», como subcategoría de los actos contrarios «a la ley», se refiere a aquellos actos que materialmente atentan contra el conjunto de principios y valores esenciales del ordenamiento jurídico societario; y, en segundo lugar, que precisamente por tal motivo, ha de ser interpretado de forma restrictiva, lo que supone que no cualquier defecto de convocatoria o infracción legal determina la afectación del «orden público», sino únicamente aquellas que, por su naturaleza, entidad y consecuencias, entrañan una vulneración manifiesta grave de las reglas básicas en las que se fundamenta el orden societario.*

*Lógicamente, el cumplimiento de las normas sobre correcta convocatoria y constitución de las juntas, en cuanto que presupuestos para válida formación de la voluntad societaria a través de los acuerdos alcanzados, puede afectar a la esencia del régimen jurídico de la sociedad mercantil, y en concreto de la sociedad de responsabilidad limitada, de tal suerte que la celebración de tales reuniones de socios sin cumplir las exigencias elementales, podría llegar en última instancia a vulnerar el orden público en función de las circunstancias en que se produjera la convocatoria, máxime si dicha infracción está teleológicamente dirigida a simular una realidad inexistente o una voluntad social irreal en cuestiones cardinales para la sociedad».*

Sin embargo y pese a lo anterior, en las circunstancias particulares del caso entendió la Audiencia Provincial de Pontevedra la existencia de dicha vulneración del Orden Público, aunque el Voto Particular de la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 28 de julio de 2016, por el contrario no sostuvo el supuesto de hecho consistente en una convocatoria de una Junta General de forma sorpresiva o clandestina como un caso de nulidad de la Junta General por contravención del Orden Público sino de incumplimiento de las normas legales de convocatoria de la Junta General (vgr. abuso de derecho) razonando lo siguiente:

*4. La propuesta de la mayoría, siguiendo el razonamiento que proponía el apelante, considera que la infracción de las normas de convocatoria en el presente caso afecta a la esencia de la normativa societaria y, por ende, entra en juego la excepción de orden público. Esta es la razón de mi discrepancia. En mi opinión en el caso no resulta afectado el orden público societario, sino las normas legales sobre convocatoria de la junta y, en particular, la regla general de la prohibición del abuso del derecho y de la interdicción del fraude de ley, pues aunque en apariencia se había cumplido el precepto estatutario sobre convocatoria, las circunstancias del caso demostraban que la finalidad perseguida era conseguir el cambio del modelo de administración sin que el otro socio pudiera tener conocimiento de la celebración de la junta. El concepto de orden público es de interpretación estricta y, en mi opinión, se limita a los casos en los que la infracción suponga una vulneración de principios constitucionales, o una contradicción con los principios esenciales de la normativa societa-*



*ria, en línea con la interpretación general del orden público como límite frente a conductas que contravienen los límites de la autonomía privada. Precisamente por ello, por la gravedad que tales infracciones suponen, la acción no caduca y la legitimación activa se amplía.*

*5. En suma, compartiendo la decisión de estimar el recurso y anular, por consiguiente, la celebración de la junta y los acuerdos adoptados, discrepo de que en el caso esté en juego la excepción del orden público para dejar el acuerdo fuera de la regla general de la caducidad. La acción estaba sujeta a un plazo de caducidad de un año, que no se había cumplido cuando se interpuso la demanda».*

Para un entendimiento del problema resulta criterio general que la novedad más relevante de la reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, es haber eliminado la distinción entre acuerdos nulos y anulables, por entenderse que esta distinción resultaba extraña a las categorías correspondientes en la teoría del negocio jurídico, superándose así una distinción tradicional, de modo que ahora solo hay acuerdos impugnables y para todos el plazo de caducidad ha quedado fijado en un año, con una única salvedad respecto de los acuerdos contrarios al orden público, que ni caducan ni prescriben, lo que sin duda redundaría en la idea correcta expresada por cierto sector doctrinal de cuyo exponente podemos citar a ALFARO ÁGUILA-REAL y MESSEGUER<sup>9</sup>, en que en realidad la acción de la que estamos hablando ante la infracción referida es una auténtica acción de incumplimiento del contrato social y no una auténtica acción de nulidad, aunque como consecuencia del triunfo de dicha acción se elimine del mundo jurídico el acuerdo social que ha contravenido el contrato social y por ende, la Ley, *ex artículo 1258 del Código Civil*, salvo en el caso de contravención del Orden Público donde sí que nos encontramos realmente ante una acción de nulidad.

Dichos autores se pronuncian acertadamente de la siguiente forma sobre la naturaleza jurídica de las acciones de impugnación: «La acción de impugnación de acuerdos sociales constituye un caso de remedios frente al incumplimiento contractual adaptados a las especialidades del contrato de sociedad en relación con los contratos sinalagmáticos y, en particular, de las sociedades de estructura corporativa —sociedad anónima y limitada, pero también la asociación o la cooperativa— que, dada su naturaleza, forman su voluntad a través de órganos colectivos. Dado que los órganos colectivos se expresan a través de acuerdos y estos acuerdos se adoptan por mayoría, el Ordenamiento ha de otorgar remedios a la minoría cuando el órgano social ha adoptado un acuerdo que infringe el contrato en sentido amplio. No procede, pues, la impugnación de las decisiones del socio único ni las de los administradores cuando el órgano de administración no tenga la forma de Consejo. La ratio de la impugnación como *remedy* no se adapta a las decisiones o actos jurídicos en los que no se puede separar la adopción de la decisión de su ejecución. Si el administrador de una sociedad unipersonal considera ilícita la decisión adoptada por el socio único, deberá negarse a ejecutarla, pero no debe impugnarla. La discusión acerca del sentido de la institución de la impugnación de acuerdos sociales de los artículos 204 y siguientes. LSC se ha distorsionado porque se ha pretendido trasladar a ella la doctrina de la nulidad de los negocios jurídicos. El intento del legislador en señalar, a través de la distinción entre acuerdos nulos y anulables, que poco tiene que ver la nulidad de un contrato con la «nulidad» de un acuerdo social, no mejoró la situación, porque —es obvio— nada tiene que ver la anulabilidad

de los contratos (por vicio del consentimiento o por incapacidad) con la anulabilidad de un acuerdo social. Que un contrato sea anulable quiere decir que su nulidad solo puede hacerse valer por una de las partes (la que ha sufrido el vicio o el contratante que era incapaz); que el contrato, visto desde la perspectiva del incapaz es nulo (no produce efectos). Que un acuerdo social sea nulo cuando sea contrario a la Ley y que sea anulable cuando sea contrario «a los estatutos o al interés social» carece de sentido».

En realidad la discusión no es baladí, ya que el hecho de calificar el acuerdo social como contrario al orden público va a tener consecuencias directas en cuanto al plazo de ejercicio de la acción y en relación con la legitimación activa de la acción. Como sabemos, la acción pretendiendo la nulidad de un acuerdo social contrario al orden público es imprescriptible y por tanto no sujeta al plazo general de caducidad de un año de los acuerdos sociales que hayan sido contrarios a la Ley o a los estatutos sociales. Además, para la impugnación de los acuerdos que sean contrarios al orden público estará legitimado cualquier socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador o tercero, según prevé el artículo 206.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En esta materia también hemos de tener presente la reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que nos deja el siguiente texto del artículo 205.1 de la Ley de Sociedades de Capital: *la acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá*, es decir, hemos de estar a las «circunstancias» del acuerdo para poder calificar su carácter atentatorio o no del Orden Público.

Pero como recoge con acierto GARCÍA VILLARRUBIA<sup>10</sup> las circunstancias han de integrarse también con la conducta particular de los socios o accionistas afectados por la Junta General sorprendente o clandestina, cuando razona lo siguiente: «La jurisprudencia y la práctica judicial anteriores a la reforma ya venían haciendo suyas estas consideraciones, para negar la posibilidad de impugnar por contrarios al orden público acuerdos adoptados en una junta inexistente o simulada cuando el socio pudo ejercitar la acción dentro del plazo de caducidad. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>) de 26 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 248796) sostiene que para que los acuerdos adoptados en una junta simulada puedan ser declarados contrarios al orden público es preciso que el socio se vea privado de su derecho de voto y, sobre todo, que «*el acuerdo permanezca oculto*», ya que «*es el propósito de eludir la intervención del socio y de ocultar el acuerdo lo que se considera contrario al orden público*»; porque «*se trata de situaciones en las que resulta afectado el derecho a la tutela judicial efectiva del socio en la faceta correspondiente al derecho a obtener una resolución de fondo, que siempre encontraría el obstáculo del plazo de caducidad de los acuerdos nulos. En efecto, celebrada la junta universal sin su presencia y sin su conocimiento, bastaría esperar al transcurso del plazo de caducidad para hacer inatacable el acuerdo, quebrándose así de modo palmario el derecho a la tutela judicial del socio, que es privado de todo cauce de impugnación*». De modo que, para esa resolución «*carece de sentido que acuerdos adoptados impidiéndose al socio ejercer su derecho, pero conocidos por este, puedan ser asimilados a los acuerdos contrarios al orden público, por lo que debe rechazarse que la mera vulneración del derecho ya sirva para destruir la regla de la caducidad, ya que ello no comporta por sí la infracción del derecho a la tutela judicial, dado que el socio interesado podrá acudir a los tri-*

*bunales dentro del plazo de caducidad establecido para el ejercicio de las acciones de impugnación». En línea parecida, el comportamiento seguido por los socios en el pasado es considerado relevante para descartar la existencia de infracción de orden público por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2015 (RJ 2015, 2099). El Alto Tribunal se refiere a «aquellos supuestos en que por la reiterada decisión de los socios —exteriorizada «acta concludentia»—, las juntas universales no se reúnen de hecho, los temas se tratan por los partícipes en sus conversaciones telefónicas o aprovechando encuentros familiares y las actas se redactan después de aquellas o de estos, siendo firmadas por todos, sucesivamente, en sus respectivos domicilios familiares. Quienes así actúan no pueden después afirmar que, por razones de orden público, la acción de impugnación de acuerdos, en cuya adopción intervinieron del relatado modo, no caduca en el plazo señalado por la norma en general para los acuerdos nulos».*

Por lo tanto, bien es cierto que solo las circunstancias del caso, unidas al comportamiento de los socios ante el acuerdo social adoptado en la Junta general convocada de forma clandestina o sorprendente nos pueden ofrecer una correcta respuesta para poder afirmar si nos encontramos ante un supuesto de vulneración de Orden Público o no, con la consabida ampliación de la legitimación activa e imprescriptibilidad de la acción y dado el carácter restrictivo del concepto de orden público será generalmente el remedio ajeno a la nulidad el preferido en este tipo de situaciones, o sea, la exclusión de los efectos jurídicos del acuerdo social concreto mediante el ejercicio de la correspondiente acción de incumplimiento que con carácter general nos ofrece la Ley de Sociedades de Capital para aquellos casos de adopción de un acuerdo social en contravención de Ley o estatutos y ejercitado en abuso de derecho.

Por último, si efectivamente, estamos como creemos ante un supuesto de abuso de facultades del administrador social prohibido por el artículo 228 a) de la Ley de Sociedades de Capital, ya que se ha ejercido un derecho existente para el administrador (convocatoria formalmente válida conforme a la Ley y estatutos sociales) pero constitutivo de un abuso de derecho (art. 7 del Código Civil), lo anterior también puede perfectamente cohonestarse con lo previsto en el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital, siendo por lo tanto demostrativo que no siempre lo actuado por el administrador en contravención del deber de lealtad [art. 228 e) LSC] ha de suponer la nulidad de lo actuado por ilícito causal y vulneración de norma imperativa (*ex art. 1275 del Código Civil*), tal y como hemos sostenido en otra ocasión<sup>11</sup>, sino que coordinando el régimen de las acciones de Derecho Común que prevé el artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital con el régimen previsto para las impugnaciones de acuerdos sociales en los artículos 204 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, perfectamente podemos llegar al resultado propuesto, es decir, a la impugnación del acuerdo social adoptado en una Junta General clandestina con abuso de facultad del administrador convocante, bien por contravención de Ley y estatutos al haberse efectuado con abuso de derecho (art. 7 del Código Civil), bien por vulneración del Orden Público si las circunstancias del caso y la conducta de los socios nos llevan a la apreciación del mismo, en cuyo caso sí que hablaríamos de una auténtica nulidad societaria.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL. <http://almacenederecho.org/prahabana-me-voy-las-juntas-clandestinas-abuso-derecho-orden-publico/>.

- ALFARO ÁGUILA-REAL y MESSEGUER. *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]*. 1.ª ed., mayo de 2015.
- DÍEZ-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado*. Editorial Civitas, 1979.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. Duodécima Edición, Ed. Tecnos, 2012.
- FARRANDO MIGUEL. *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*. Sociedades de Capital. Reformas en la convocatoria de la Junta General. Forma de convocatoria. Aranzadi, 2012.
- GARCÍA VILLARRUBIA. El orden público como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales. *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 45, 2016.
- JUSTE MENCÍA. Artículo 228, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Juste Mencía, J. (coord.), Pamplona, 2015.
- MIQUEL GONZÁLEZ. *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993.
- REDONDO TRIGO. La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 93, núm. 759, 2017.

#### V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 2 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2392)
- STS de 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9483)
- STS de 1 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1002)
- STS núm. 886/2003 de 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 7004)
- STS núm. 171/2006 de 1 de marzo de 2006 (RJ 2006, 725)
- STS 841/2007, de 19 de julio
- STS 596/2007, de 30 de mayo
- STS de 5 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1629)
- STS 222/2010, de 19 de abril
- STS de 16 de marzo de 2015 (RJ 2015, 2099)
- STS de 20 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4012)
- SAP de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>) de 26 de mayo de 2014 (JUR 2014, 248796)
- SAP de Pontevedra de 28 de julio de 2016 (Id Cendoj: 36038370012016100400)

#### NOTAS

<sup>1</sup> FARRANDO MIGUEL. *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*. «Sociedades de Capital. Reformas en la convocatoria de la Junta General. Forma de convocatoria». Aranzadi, 2012.

<sup>2</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL. <http://almacenederecho.org/pr-a-habana-me-voy-las-juntas-clandestinas-abuso-derecho-orden-publico/>

<sup>3</sup> MIQUEL GONZÁLEZ. *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993, 45.

<sup>4</sup> *Vid.* JUSTE MENCÍA. Artículo 228, en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Juste Mencía, J. (coord.), Pamplona, 2015.

<sup>5</sup> En nuestra opinión el tratamiento y la respuesta que ha de ofrecerse a la problemática relativa al exceso de poder es prácticamente similar en la representación voluntaria y en la representación orgánica.

Para esta última, también contamos, en su ámbito de aplicación, con lo previsto en el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital que valida los contratos celebrados por los administradores con «*abuso de poder*» cuando ha existido una contradicción entre el objeto social estatutario y la actuación representativa del órgano de administración, siempre y cuando exista buena fe en el tercero y sin culpa grave de este.

DÍEZ-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado*. Editorial Civitas, 1979, página 71, configura las siguientes notas comunes a ambas representaciones cuando razona lo siguiente: «Finalmente, hay que destacar que, ...Lo mismo acontece cuando se trata de delimitar el círculo de las facultades o de las competencias del órgano, que es similar, si no idéntico, al problema de los límites del poder de representación. Cabe, en primer lugar, un problema de interpretación de la norma de concesión de facultades que es semejante al de interpretación de un poder de representación. Cabe igualmente una actuación del órgano excediéndose de sus facultades de actuar. Y, finalmente, la ratificación. Dado este planteamiento, absolutamente idéntico, no se ve la necesidad de apartarse de la teoría de la representación y construir otra distinta —la llamada teoría del órgano— para replantear en todo a ella los mismos problemas. Existe, por ello, a nuestro juicio, «representación de las personas jurídicas».

<sup>6</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. Duodécima Edición, Ed. Tecnos, 416, 2012.

<sup>7</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.* 422.

<sup>8</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL. <http://almacendederecho.org/prahabana-me-voy-las-juntas-clandestinas-abuso-derecho-orden-publico/>

<sup>9</sup> ÁLFARO AGUILA REAL y MESSEGUER. *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]*. 1.<sup>a</sup> ed., mayo de 2015

<sup>10</sup> GARCÍA VILLARRUBIA. «El orden público como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales». *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 45, 2016.

<sup>11</sup> REDONDO TRIGO. «La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 93, núm. 759, 2017, 513-529.

### 3. URBANISMO

## La reparcelación inversa o reversión de la reparcelación: ¿realidad o ficción?

### *The reversion or inversion of plot-redivision projects: reality or fiction?*

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

*Abogado*

**RESUMEN:** Se analiza la figura de la llamada reparcelación inversa o reversión de la reparcelación, los supuestos en que procede, su posible régimen jurídico, los principales problemas que plantea y las circunstancias de su inscripción registral.

**ABSTRACT:** *Analysis of the figure of the so-called reversion or inversion of plot-redivision projects, the cases in which it can be used, its possible regime, the main problems it raises and the circumstances of its registration.*

**PALABRAS CLAVE:** Reparcelación inversa, reversión de la reparcelación.

**KEY WORDS:** *Reversion of plot-redivision projects, inversion of plot-redivision projects.*

Resolución de 24 de septiembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

**SUMARIO:** I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. CONCEPTO DE LA REPARCELACIÓN INVERSA. 2. LIMITACIONES DE ORDEN URBANÍSTICO. 3. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA REVERSIÓN DE LA REPARCELACIÓN: A) *Desaparición de la ordenación urbanística que constituía el presupuesto legitimador del proyecto de reparcelación, con subsistencia o no de este último.* B) *Desaparición total o parcial del proyecto de reparcelación con mantenimiento del planeamiento legitimador del mismo.* C) *Hipótesis de subsistencia del planeamiento y del proyecto de reparcelación.*—IV. MECANISMOS A TRAVÉS DE LOS CUALES PUEDE ALCANZARSE LA REVERSIÓN DE LA REPARCELACIÓN: 1. LA VÍA JUDICIAL. 2. LA VÍA ADMINISTRATIVA. 3. LA VÍA NEGOCIAL.—V. PRINCIPALES DIFICULTADES QUE HA DE SALVAR LA REVERSIÓN DE LA REPARCELACIÓN.—VI. SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—VII. CONCLUSIONES.

## I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Los antecedentes fácticos del supuesto contemplado por la resolución de la Dirección General de 24 de septiembre de 2015, objeto de las presentes notas, pueden resumirse como sigue: se presenta en el Registro de la Propiedad un mandamiento procedente de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo en el que, con base en una sentencia anulatoria del acuerdo de aprobación definitiva de un proyecto de reparcelación, se ordena la cancelación de las inscripciones de las fincas de resultado de dicho proyecto, volviendo al estado originario registral de las parcelas aportadas al mismo.

La nota de calificación suspende la práctica de los asientos ordenados, entre otras razones, al apreciar que en el procedimiento judicial no se demanda a todos los titulares de derechos y cargas de las fincas de resultado, ni tampoco a adquirentes posteriores que tienen la condición de terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Aunque se ordena por el Juzgado la cancelación de las inscripciones practicadas derivadas del proyecto de reparcelación anulado volviéndose al estado originario registral de las parcelas aportadas al proyecto de reparcelación, el registrador considera necesario que se indique qué sucede con los titulares de derechos y cargas que han adquirido con posterioridad a la inscripción del proyecto de reparcelación y sobre qué fincas de origen han de recaer los mismos, concluyendo que por exigencias del principio de tracto sucesivo no puede inscribirse la sentencia referida.

## II. RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

La resolución desestima el recurso interpuesto y confirma la calificación negativa, centrando el debate en la determinación del grado de intervención que debe tener el titular registral al objeto de que se haga constar en el Registro de la Propiedad las consecuencias de la declaración de nulidad de un proyecto de reparcelación por resolución judicial.

Para ello se parte de las normas que prevén la inscripción en el Registro de la Propiedad de las sentencias firmes anulatorias de instrumentos de ejecución del planeamiento, como es el caso de los proyectos de reparcelación, cuando se concreten en fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento, contenidas en los artículos 107.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y 51.1 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008 (que se corresponde en la actualidad con el artículo 65.1 del vigente texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015).

Seguidamente se resume la doctrina del Centro Directivo sobre el conocimiento por terceros de la existencia del procedimiento judicial: «Como ya dijera esta Dirección General (cfr. “Vistos”), el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, 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 por el artículo 24 de la Constitución Española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. En efecto, como

ha señalado la resolución de 15 de julio de 2012, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el artículo 100 del Reglamento Hipotecario permite al registrador calificar del documento judicial “los obstáculos que surjan del Registro”, y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o no ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial (...). Con lo anteriormente dicho, no se infringe el artículo 118 de la Constitución que obliga al registrador a cumplir las resoluciones judiciales firmes, pues, para que ello sea así es preciso que la inscripción que se solicita no incurra en indefensión, la cual se habría evitado si la demanda interpuesta que acabó con la sentencia referida hubiera sido anotada (anotación preventiva de demanda) en el Registro, pues tal anotación habría publicado la existencia del procedimiento y, por tanto, evitado la indefensión producida.

El artículo 21.1.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa considera como parte demandada a “las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante”. Para facilitar que los interesados puedan personarse en el procedimiento, el artículo 49.1 obliga a la Administración demandada a notificar el acuerdo de remisión del expediente al tribunal a cuantos aparezcan como interesados en él. El artículo 49.3 establece la necesidad de que “el secretario judicial, a la vista del resultado de las actuaciones administrativas y del contenido del escrito de interposición y documentos anejos, comprobará que se han efectuado las debidas notificaciones para emplazamiento y, si advirtiere que son incompletas, ordenará a la Administración que se practiquen las necesarias para asegurar la defensa de los interesados que sean identificables”.

Ahora bien, estos mecanismos que arbitra la Ley para el emplazamiento de los interesados cuya condición resulte de modo directo del expediente pueden ser manifiestamente insuficientes cuando esa condición sea en parte extraña al mismo. En este sentido, tratándose de resoluciones que puedan afectar a fincas inscritas en el Registro de la Propiedad y conociéndose ya en el momento de iniciación del procedimiento cuáles son estas, como sucede en el supuesto de hecho que nos ocupa (en el que se solicitaba la declaración de nulidad de la totalidad del proyecto de reparcelación, por lo que la eventual nulidad alcanzaba a todas las fincas de resultado), no existía ninguna dificultad para que quienes figuraban como titulares registrales en el momento de interposición del recurso fueran emplazados en el procedimiento en una fase inicial para que pudieran personarse como parte demandada.

Sin embargo, respecto de los titulares futuros la anotación de demanda es el mecanismo adecuado de publicidad con arreglo al artículo 51.1.f) del texto refundido de la Ley de suelo [se refiere al texto refundido de 2008, actual art. 65.1.f) del texto refundido de 2015], sin que esta anotación preventiva se tomase en su momento en el supuesto de hecho planteado en el presente expediente, omisión que da lugar, por aparición sobrevenida de nuevos titulares, al obstáculo registral ahora examinado, siendo insuficiente desde el punto de vista del requisito del tracto sucesivo los emplazamientos que se hicieron a los titulares registrales que a la sazón lo eran en el momento de iniciarse la tramitación del procedimiento judicial». Se está haciendo con ello referencia a la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo, cuya mecánica registral aparece regulada en los artículos 67 a 72 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución



de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística.

La resolución concluye aplicando la anterior doctrina al caso concreto contemplado por ella en estos términos: «En el expediente que provoca la presente, no consta que determinados titulares registrales de dominio y cargas (...) hayan tenido oportunidad de conocer el procedimiento ni a través de la anotación preventiva de la demanda en el Registro, ni a través de un emplazamiento en el procedimiento judicial, por lo que no puede ahora pretenderse hacer efectiva la sentencia dictada en la jurisdicción contencioso-administrativa contra los actuales titulares registrales de los citados derechos y cargas sin que el tribunal competente, en trámites de ejecución de la sentencia, haya declarado, previo cumplimiento de las garantías de la contradicción procesal (*vid.* arts. 105 y 109 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2007 y 15 de noviembre de 2013), que la sentencia resulta oponible a tales titulares con las consecuencias registrales de ello derivadas.

Así se deduce claramente del artículo 51, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo (actual art. 65.1 del texto refundido de 2015), que exige la participación del titular en el procedimiento, al establecer que “serán inscribibles en el Registro de la Propiedad”, entre otros, los actos administrativos y las sentencias, en ambos casos firmes, en que se declare la anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de ejecución, o de actos administrativos de intervención, cuando se concreten en fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento (*vid.* letra g).

Se compatibilizan así las exigencias derivadas del principio registral del tracto sucesivo (arts. 20 y 82 de la Ley Hipotecaria), con los principios básicos de tutela jurisdiccional de los propios derechos (art. 24 de la Constitución Española), la salvaguarda judicial de los asientos registrales (arts. 1 y 40 de la Ley Hipotecaria), y la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas, que impone que la ejecución de tales sentencias se lleve a cabo en sus propios términos, salvo cuando concurren elementos que impidan física o jurídicamente su ejecución de forma sobrevenida (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional número 285/2006, de 9 de octubre, fundamento jurídico 6)».

### III. COMENTARIOS

#### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. CONCEPTO Y ESENCIA DE LA REPARCELACIÓN INVERSA

La resolución cuyo resumen se acaba de exponer contempla una realidad que empieza a aflorar con cierta insistencia en la práctica jurídico-urbanística, consistente en la necesidad (o, en ocasiones, mera conveniencia) de dejar sin efecto un proyecto de reparcelación, de tal modo que las fincas adjudicadas por él dejen de existir en la vida jurídica para ser sustituidas de nuevo por las fincas de origen o aportadas, volviéndose de este modo a la situación jurídica que había antes de la aprobación del proyecto. Se trata, en definitiva, de «deshacer la reparcelación».

Para designar este fenómeno se han propuesto diversas expresiones como «reparcelación inversa» o «reversión de la reparcelación».

Podemos definir la reparcelación inversa o reversión de la reparcelación como aquel acto o negocio jurídico mediante el cual se hace cesar, en todo o en parte, la situación jurídica resultante de un proyecto de reparcelación devolviendo, en la misma medida, la estructura de propiedad a su estado originario.

La resolución no emplea en ningún momento la terminología aludida, pero ya desde el principio queda claro en ella que el supuesto fáctico que contempla responde a la idea antes descrita. Así lo demuestra su propio encabezamiento, en que se hace referencia a la calificación «por la que se suspende la inscripción de un mandamiento de cancelación de asientos derivados de un proyecto de reparcelación», así como el apartado I de los Hechos, que aclara que el mandamiento presentado procede de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo en el que, con base en una sentencia anulatoria del acuerdo de aprobación definitiva de un proyecto de reparcelación, se ordena la cancelación de las inscripciones de las fincas de resultado de dicho proyecto, «volviendo al estado originario registral de las parcelas aportadas al mismo».

En este punto, debemos anticipar que la terminología empleada por la expresión «reparcelación inversa» parece hacer referencia a un procedimiento administrativo paralelo, en la misma dirección pero en sentido contrario, al procedimiento reparcelatorio. Sin embargo, como veremos, hoy por hoy no existe en nuestro ordenamiento jurídico urbanístico ninguna reglamentación de la reparcelación inversa que permitiera caracterizarla como tal procedimiento administrativo especial. Por ello, consideramos preferible la denominación de «reversión de la reparcelación» porque con ella parece aludirse, más que a un medio concreto, al efecto consistente en «deshacer» o «revertir» lo hecho por un proyecto de reparcelación, efecto al que puede llegarse a través de diferentes medios. Luego volveremos sobre este punto.

El problema que se plantea en el caso analizado por la resolución es el de determinar los efectos de la operación realizada en ejecución de la sentencia anulatoria de un proyecto de reparcelación respecto de los titulares registrales y terceros adquirentes de las fincas de resultado llamadas a desaparecer, quedando sustituidas por las parcelas de origen para volver a la situación primitiva, como en este supuesto ordena la sentencia y refleja el mandamiento judicial presentado.

En este comentario vamos a tratar de sistematizar algunas reflexiones sobre la esencia misma de la reversión de la reparcelación, las posibles aplicaciones de esta figura y los obstáculos que hay que salvar tanto en su ejecución como en relación con su inscripción en el Registro de la Propiedad.

## 2. LIMITACIONES DE ORDEN URBANÍSTICO

Mientras en la reparcelación se produce la desaparición de las fincas afectadas por la actuación (fincas de origen o aportadas) para ser sustituidas por las nuevas fincas (adjudicadas o de resultado) cuya estructura jurídica se corresponde con el planeamiento que se ejecuta, en la llamada reparcelación inversa, como su propio nombre indica, se produciría justamente el efecto contrario, al hacer desaparecer, en todo o en parte, las parcelas de resultado de la reparcelación por las originariamente aportadas al expediente, que volverían a pasar a manos de sus titulares primitivos, como si tal proyecto no hubiera existido.

La principal diferencia que salta a la vista al confrontar ambas figuras radica en que, si bien la legislación urbanística contempla con todo detalle la institución reparcelatoria o equidistributiva y su régimen procedimental, no sucede lo mis-

mo con el procedimiento inverso, no contemplado legalmente como tal ni como instrumento específico en ninguna Comunidad Autónoma<sup>1</sup>.

Ciertamente, existe en la Comunidad Valenciana una tendencia legislativa en este sentido que en el momento de la redacción de estas líneas no ha llegado a culminar. Se trata del Anteproyecto de Ley de la Generalitat Valenciana dirigido a la modificación de diversos preceptos de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje. Entre otras novedades, se prevé la inclusión en dicha Ley de un artículo 165 bis con el fin de regular la reversión de la reparcelación<sup>2</sup>. Siendo plausible la iniciativa, consideramos que la regulación propuesta no tiene aún la madurez necesaria como para ver la luz ante la heterogeneidad y complejidad de las situaciones e intereses implicados en el desenvolvimiento de la operación. Conscientes de ello, tanto el informe de la Abogacía de la Generalitat como el dictamen del Comité Econòmic i Social emitido el pasado 12 de enero de 2018 han mostrado un abierto escepticismo en cuanto a la viabilidad y utilidad práctica de la regulación propuesta por los múltiples problemas en los que puede desembocar, recomendando el aplazamiento de la cuestión hasta la realización de «un estudio más detenido de las alternativas reguladoras que impulsen herramientas o instrumentos que contribuyan a la finalización de los programas de actuación urbanística para mejorar el entorno de nuestros municipios».

De la falta de regulación de esta figura se desprende, como punto de partida, que la reparcelación inversa o reversión de la reparcelación no existe en realidad como institución urbanística. Así ha de concluirse por aplicación del principio de legalidad que preside la actuación administrativa de conformidad con los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución Española y en cuya virtud se afirma por la doctrina administrativista<sup>3</sup> que no hay en Derecho español ningún «espacio franco o libre de Ley» en que la Administración pueda actuar como un poder «ajurídico» y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos, han de «someterse a Derecho», han de ser «conformes» a Derecho. El desajuste, la disconformidad, constituyen «infracción del ordenamiento jurídico» y les priva actual o potencialmente de validez. El Derecho no es, pues, para la Administración, una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa.

En cambio, sí cabría identificar determinados supuestos prácticos en los que podría llegarse a alcanzar el efecto al que se alude con esta expresión, cada uno de los cuales presenta su problemática particular. La resolución contempla uno de tales supuestos, consistente en la reversión de la reparcelación con ocasión del cumplimiento o ejecución de una resolución judicial anulatoria del proyecto reparcelatorio. Pero también podría tener su origen en otros casos, como el de anulación del proyecto en virtud de resolución administrativa o incluso, bajo determinadas condiciones, en un negocio jurídico voluntario celebrado con aquella finalidad, como veremos más adelante.

En algunas ocasiones puede resultar inevitable deshacer la reparcelación aprobada para solucionar una situación jurídica insostenible. Así sucedería, por ejemplo, en el caso contemplado por la resolución que comentamos, en que tiene lugar la anulación de la reparcelación con orden de reposición del estado de cosas a su situación originaria dado el carácter imperativo del cumplimiento de la correspondiente resolución judicial (o, en su caso, administrativa).

En otros casos, aun no siendo imperativo revertir la reparcelación, sí podría resultar conveniente, si existiera un interés legítimo en obtener ese resultado. Así sucedería, por ejemplo, en el caso de abandono del proceso de gestión urbanística por el agente urbanizador en aquellas legislaciones urbanísticas en que existe esta figura, lo que bien pudiera suceder por insolvencia de la empresa o por sobrevenir circunstancias que hagan antieconómico el desarrollo programado.

Evidentemente, no siempre es posible la reversión de la reparcelación. El primer límite que surge a la hora de analizar su procedencia o no es el debido respeto del planeamiento urbanístico. Sobre el carácter normativo de los planes de urbanismo no es preciso abundar; baste con señalar que esta cuestión concita un consenso general entre la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que desde antiguo viene declarando que estamos ante normas jurídicas asimilables a las disposiciones reglamentarias<sup>4</sup>. Por tanto, el contenido del planeamiento vincula tanto a los particulares como a la Administración, por aplicación del principio de legalidad consagrado en el artículo 9.1 de la Constitución Española y así lo ha proclamado desde sus orígenes la legislación del suelo<sup>5</sup>. Esta circunstancia determina que, de igual modo que la reparcelación encuentra su legitimación en el plan, del cual constituye un acto aplicativo, en principio la operación inversa también habría de respetar la ordenación vigente en cada momento<sup>6</sup>.

Por su parte, el proyecto de reparcelación, como acto administrativo, es ejecutivo y ha de ser igualmente respetado tanto por los particulares como por la Administración<sup>7</sup>. Por lo tanto, los actos y negocios jurídicos que puedan realizarse sobre los suelos resultantes no pueden resultar contradictorios con el contenido de la reparcelación.

### 3. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA REVERSIÓN DE LA REPARCELACIÓN

Teniendo en cuenta el marco urbanístico definido anteriormente según las condiciones concretas de eficacia tanto del propio proyecto de reparcelación de que se trate como del planeamiento que constituye su antecedente necesario, se exponen a continuación las situaciones en que, a nuestro juicio, podría producirse la reversión de la reparcelación ya hecha (en algunos casos con carácter imperativo y en otros de manera puramente voluntaria).

#### A) *Desaparición de la ordenación urbanística que constituía el presupuesto legitimador del proyecto de reparcelación, con subsistencia o no de este último*

La casuística de este primer supuesto es muy variada ya que sus consecuencias dependen de diversos factores, entre los que destacan la circunstancia de que la desaparición total o parcial del plan lleve o no aparejada la desaparición del proyecto de reparcelación, o de si implica la reviviscencia del planeamiento anterior o si, por su falta, el ámbito reparcelado queda huérfano de ordenación urbanística.

En todo caso, la desaparición del planeamiento o de las determinaciones concretas relativas al ámbito reparcelado puede tener lugar por diversas causas:

- a) Por anulación del plan mediante sentencia judicial firme, que podría obedecer a su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa

por cualquier interesado, entendiéndose este último concepto en sentido amplio al tratarse de una acción pública. En cuanto a la incidencia de la desaparición de la ordenación urbanística sobre la eficacia del proyecto de reparcelación aprobado en aplicación de ella, debe tenerse presente que la simple anulación judicial del plan o de las determinaciones que afecten al proyecto de reparcelación no implica de forma automática la anulación de este como acto aplicativo de aquel, según resulta del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Para ello sería necesario haber procedido también a la impugnación del segundo, en cuyo caso, anulado también el proyecto, el debido cumplimiento o ejecución de la sentencia exigiría volver a la situación anterior a la reparcelación.

- b) Por resolución administrativa. Así sucedería en el caso de alteración del planeamiento por la Administración urbanística en ejercicio del *ius variandi* que tiene atribuido (a través de los procedimientos de revisión o de modificación del plan). También podría llegarse al mismo resultado en caso de anulación del planeamiento en vía administrativa; teniendo en cuenta que contra las disposiciones administrativas de carácter general, como son los planes de ordenación, no cabe recurso en vía administrativa<sup>8</sup>, esta modalidad se circunscribiría a los casos de concurrencia en el plan de alguna causa de nulidad de pleno derecho, en que la propia Administración tiene la potestad de dejarlo sin efecto a través del procedimiento de revisión de disposiciones y actos nulos previstos en la Ley del Procedimiento Administrativo Común<sup>9</sup>.

En cualquiera de los dos supuestos anteriores, la necesidad de reconsideración de la reparcelación realizada podría obedecer, por ejemplo, a una nueva delimitación del sector o ámbito de actuación, o a una nueva clasificación urbanística de los terrenos afectados por la que pasaran de la categoría de suelo urbanizable a la de no urbanizable de protección. Esta circunstancia no solo haría inservible la reparcelación previamente efectuada sino que dejaría la estructura de propiedad al margen de la nueva ordenación (piénsese, por ejemplo, en las fincas de resultado consistentes en los viales, completamente ajenas al nuevo destino rústico de las fincas).

*B) Desaparición total o parcial del proyecto de reparcelación con mantenimiento del planeamiento legitimador del mismo*

Puede suceder que el acto que desaparezca por ser objeto de revisión o anulación sea directamente el proyecto de reparcelación, con independencia de la subsistencia o no de la ordenación en la que se basó. La desaparición del proyecto podría tener lugar en vía judicial o administrativa<sup>10</sup>.

Esta desaparición puede afectar a la totalidad del proyecto de reparcelación o solo a parte de su contenido. Veamos ambas posibilidades.

En el caso de anulación o revisión total del proyecto de reparcelación, volvería a cobrar toda su fuerza el principio de obligatoriedad de ejecución del planeamiento tradicional en nuestro ordenamiento urbanístico<sup>11</sup>, por lo que en aplicación de tal principio sería preciso efectuar una nueva reparcelación.

Ahora bien, esta nueva reparcelación no podría partir en ningún caso de la estructura de la propiedad reflejada en la primera, sencillamente porque en el presente supuesto esta no tendría existencia jurídica, como tampoco la tendrían

las fincas de resultado de dicha primera reparcelación, al menos en la realidad jurídica extrarregistral. En consecuencia, para determinar las cuotas de participación de los miembros de la nueva comunidad reparcelatoria habría de acudirse, no a las fincas de resultado de la primera reparcelación, sino a las fincas de origen de la misma, por lo que sería necesario volver instrumentalmente a la situación jurídica preexistente.

En el caso de desaparición de solo parte del contenido del proyecto de reparcelación, la inversión de la reparcelación se limitaría a la parte de proyecto que se hubiera anulado o alterado, con subsistencia del resto.

Así sucedería, por ejemplo, en el caso de anulación parcial del proyecto de reparcelación, sea en vía administrativa o judicial.

Lo mismo sucedería en el caso de tramitarse un procedimiento administrativo dirigido a la modificación del proyecto equidistributivo afectando a la definición de las fincas de resultado.

Cabría plantearse si es posible llegar a ese resultado a través de las llamadas operaciones jurídicas complementarias contempladas en los artículos 113.3 y 174. 5 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística. Dice así el primero de ellos: «Las operaciones jurídicas complementarias que sean del caso, que no se opongan al proyecto de reparcelación ni al Plan que se ejecute, se aprobarán por el Órgano urbanístico actuante, el cual procederá a extender documento con los requisitos y solemnidades previstos en el número 1 de este artículo, que se protocolizará notarialmente o a otorgar escritura pública. Uno u otro documento se inscribirán en el Registro de la Propiedad».

La Dirección General se ha ocupado de distinguir entre las operaciones complementarias del proyecto de reparcelación y aquellas otras operaciones que, por exceder de su ámbito, deben acogerse al procedimiento ordinario de modificación mediante la tramitación de un nuevo expediente, señalando al respecto lo siguiente<sup>12</sup>: «ha reiterado esta Dirección General (por todas, resolución de 15 de noviembre de 2012) que habiendo ganado firmeza en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de un proyecto de reparcelación, y estando ya inscrito y bajo la salvaguardia de los tribunales (*ex art. 1 de la Ley Hipotecaria*) no cabe ya, so pretexto de la realización de una operación jurídica complementaria de la reparcelación *ex artículos 113.3 y 174.5 del Reglamento de Gestión Urbanística*, introducir una modificación del proyecto original (desbordando lo que es un mero error material o de hecho o una previsión complementaria plenamente respetuosa del contenido básico que se completa). De otro modo se conculcaría, además, el propio régimen establecido para la revisión de los actos administrativos —*cfr. artículos 102 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*—. Fuera de los supuestos contemplados no cabe que acceda al Registro ninguna modificación si no media el consentimiento del titular registral afectado o la oportuna resolución judicial de conformidad con las reglas generales (*art. 40 de la Ley Hipotecaria*).

Esta doctrina es plenamente respetuosa con la de nuestro Tribunal Supremo (Sala Tercera) que, interpretando el alcance y contenido del artículo 113 del Reglamento de Gestión Urbanística, tiene declarado que el modesto alcance de las operaciones complementarias impide que su contenido sea contrario al proyecto de reparcelación o que se refiera a cuestiones ajenas a su ámbito competencial. Así lo entendió en su sentencia de 18 de febrero de 2012 en la que afirmó la nulidad de una operación complementaria que excedía del contenido del proyecto aprobado y confirmó en su sentencia de 13 de noviembre del mismo año al afir-

mar la necesidad de un nuevo proyecto de reparcelación cuando la modificación propuesta se oponía al proyecto original.

Dicha doctrina es igualmente acorde con las previsiones del Texto Refundido de la Ley de Suelo y de la normativa recogida en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística que exigen, una vez inscrito el proyecto de reparcelación, que los titulares cuyos derechos se vean alterados expresen su consentimiento en escritura pública o bien se tramite el oportuno expediente administrativo que finalice con acuerdo firme de la Administración o bien se presente la oportuna resolución judicial igualmente firme (*vid.* arts. 18.3 y 54.4 de la Ley de Suelo y 12.3.4 y 17.2 del Real Decreto 1093/1997).

Por su parte, la resolución de 6 de julio de 2015 matiza lo siguiente: «No puede desconocerse, sin embargo, que en ocasiones, puede producirse una modificación del Proyecto tramitada a través de esta clase de operaciones que, por proceder de un mandato judicial con todas las garantías de defensa del afectado, resulte justificado su acceso registral, máxime, cuando la única forma de llevar a cabo la ejecución de la sentencia es por medio de esa operación jurídica complementaria con relación a un proyecto de equidistribución ya inscrito. En este sentido, el propio Tribunal Supremo plantea la necesidad de examinar cada caso particular —cfr. sentencias de 17 de julio de 2007, y de 30 de junio de 2011—».

### *C) Hipótesis de subsistencia del planeamiento y del proyecto de reparcelación*

Consideramos que en este supuesto no sería posible revertir totalmente la reparcelación ya hecha, por múltiples razones, algunas de las cuales ya han sido referidas. En primer lugar, por no existir un procedimiento urbanístico similar a la reparcelación que diera solución a todos los problemas que inevitablemente habrían de surgir en tal caso, entre los que cabría citar el de la determinación del nivel de consenso necesario para promover la iniciativa, el régimen jurídico aplicable a los disidentes, la previsión de un periodo de alegaciones y de información pública, etc., problemas todos ellos tratados en las diferentes Leyes urbanísticas autonómicas respecto de la reparcelación.

En segundo término, la operación constituiría un acto contrario al planeamiento urbanístico, por lo que sería preciso proceder a la previa alteración de este de tal forma que pudiera amparar la nueva o, más bien, la primitiva estructura de la propiedad.

Además, la reparcelación que se trata de deshacer habría creado un estado de las cosas, una serie de situaciones jurídicas, de difícil reversión. Piénsese, por ejemplo, en los bienes cedidos al Ayuntamiento en pago del aprovechamiento que legalmente le corresponde o para destinarlos a viales y dotaciones públicas. Los viales, adjudicados al Ayuntamiento e inscritos en el Registro, constituyen bienes de dominio público y, como tales, son inalienables, por lo que solo si el proyecto de reparcelación desapareciera podría revertirse tal carácter, a menos que se procediera a su desafectación, la cual constituiría un acto contrario al planeamiento en tanto este no fuese alterado. Tales circunstancias nos llevan a los supuestos previstos en los apartados precedentes, pero no tendrían cabida en el presente.

En la hipótesis que contemplamos, lo más que podría conseguirse sería la creación de una situación en cierto modo semejante a la originaria, aunque meramente parcial, mediante un negocio jurídico celebrado al efecto entre los interesados en ello por el que recuperaran al menos parte de los suelos originarios.

Se trataría de un negocio jurídico complejo, en el que concurrirían caracteres de ciertos contratos (como la permuta) con la realización de operaciones de modificación hipotecaria, pero que no podrían afectar a los bienes adjudicados a propietarios que no fueran parte en dicho negocio ni a los bienes de dominio público adjudicados a la Administración actuante.

#### IV. MECANISMOS A TRAVÉS DE LOS CUALES PUEDE ALCANZARSE LA REVERSIÓN DE LA REPARCELACIÓN

Cuando procediera la reparcelación inversa o reversión de la reparcelación, a falta de una regulación de la misma como operación específica, resultaría preciso buscar la existencia de cauces jurídicos a través de los cuales se pudiera llegar al efecto perseguido teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso.

Partiendo de la naturaleza del acto o negocio jurídico determinante de la operación, cabría distinguir tres vías de deshacer la reparcelación: la judicial, la administrativa y, con determinados requisitos, la negocial.

##### 1. LA VÍA JUDICIAL

En este caso, sería la propia sentencia que dejara sin efecto el proyecto de reparcelación el título material de su reversión, devolviendo la situación jurídica creada por él a la situación anterior. Si no estuvieran previstas todas las consecuencias en la sentencia, sería preciso determinarlas en su proceso de ejecución. El título judicial inscribible habría de cumplir, lógicamente, todos los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria para la práctica de los asientos correspondientes.

En el caso analizado por la resolución comentada, la reversión de la reparcelación constituye el medio idóneo de dar cumplimiento a lo ordenado en sentencia firme anulatoria del acuerdo aprobatorio del proyecto de reparcelación, ya sea de manera voluntaria o por la vía de ejecución de la sentencia. Como se vio, en el Hecho I de la resolución se identifica el documento presentado como el mandamiento de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo por el que «se ordenó la cancelación de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad (...) derivadas del Proyecto de Reparcelación de la Unidad de Ejecución (...), anulado por sentencia de fecha (...), volviendo al estado originario registral de las parcelas aportadas al proyecto de reparcelación».

##### 2. LA VÍA ADMINISTRATIVA

La resolución administrativa anulatoria del proyecto llevaría consigo igualmente la reversión de la situación originada por el proyecto de reparcelación, pudiendo servir de título inscribible la propia certificación del acto si concurriesen en ella los requisitos hipotecarios precisos.

##### 3. LA VÍA NEGOCIAL

A nuestro entender, el cauce para llegar al resultado propio de la reparcelación inversa es muy estrecho, a la vista del deber general de cumplimiento del



planeamiento urbanístico. La reversión de la reparcelación podría tener lugar en el caso de anulación del planeamiento urbanístico aun cuando no llevara consigo la del propio proyecto de reparcelación, mediante un negocio jurídico celebrado al efecto, que tendría carácter atípico y complejo y daría lugar a las agrupaciones, divisiones y demás operaciones de modificación hipotecaria precisas.

Este acuerdo podría constituir un contrato privado (*sin perjuicio de su necesaria instrumentación pública*) o incluso cabría plantear la posibilidad de instrumentarlo como un Convenio administrativo de naturaleza urbanística y características singulares.

Cabría sostener la procedencia de esta vía, por ejemplo, en el marco de la ejecución voluntaria de una sentencia anulatoria del plan, pero requeriría en todo caso acuerdo unánime de todos los interesados, incluido el Ayuntamiento. La adjudicación a este de los bienes objeto de cesión quedaría privada de su presupuesto legal necesario, que estaba constituido por el plan anulado.

## V. PRINCIPALES DIFICULTADES QUE HA DE SALVAR LA REVERSIÓN DE LA REPARCELACIÓN

Aun en el caso de que concurrieran los supuestos en que, según lo dicho, resultaría procedente llevar a cabo la reversión de la reparcelación, la operación a realizar habría de salvar innumerables dificultades, que ya fueron vislumbradas, como vimos, por el informe de la Abogacía de la Generalitat de Valencia y el dictamen del Comité Económico i Social en relación con el Anteproyecto de Ley que prevé la regulación de la reparcelación inversa como procedimiento urbanístico específico.

Sin ánimo exhaustivo, cabe citar entre las dificultades y obstáculos que habría que salvar a la hora de efectuar la reversión de la reparcelación y, por tanto, a la hora de una eventual regulación de la figura, los derivados de las siguientes situaciones y circunstancias:

- a) El necesario respeto a las determinaciones del planeamiento vigente, en los términos más atrás expuestos.
- b) La previsión de la posible existencia de fincas de propietarios que, por no adherirse o no cooperar con la actuación, hubieran sido expropiados de sus fincas o sometidos a la reparcelación forzosa, en aquellas Comunidades Autónomas en que está prevista, y la posible solicitud por los primeros de la reversión de la expropiación.
- c) El tratamiento de las fincas adjudicadas a la Administración urbanística, algunas de las cuales tendrían la consideración de bienes demaniales y estarían inscritas con tal carácter.
- d) La posible existencia de fincas adjudicadas a propietarios de sistemas generales obtenidos por ocupación directa, ante la situación anómala que supondría haber perdido los suelos ocupados por razón de la infraestructura y no tener opción para recibir a cambio suelos de resultado, lo que en todo caso permitiría la aplicación de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 48 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015<sup>13</sup>.
- e) En caso de monetización de las cesiones obligatorias y gratuitas, habría que regular el régimen de devolución de las cantidades satisfechas en tal concepto, así como el destino de las fincas adjudicadas al que realizó la monetización, fincas que podrían haber pasado a manos de terceros.
- f) El tratamiento de los suelos adjudicados al agente urbanizador o a la empresa urbanizadora a cambio de las obras de urbanización; el proyecto de

reparcelación inscrito habrá adjudicado fincas de resultado a tales entidades por el pago de una cantidad que acaso no hayan desembolsado por no haber comenzado las obras a pesar de estar inscrito el proyecto. El problema se agravaría aún más si el urbanizador hubiese enajenado a terceros las fincas a él adjudicadas. Los propietarios que se someten a una actuación urbanizadora en régimen de gestión indirecta, en caso de insolvencia, incumplimiento o abandono de la actuación por el agente urbanizador, se verían privados de parte de sus bienes al haber sido entregados a dicho agente sin que a cambio este haya cumplido su obligación de ejecutar las obras de urbanización, generándose una situación de enriquecimiento injusto que habrá de ser restablecida, bien mediante la restitución de tales bienes en tanto permanezcan en manos del agente urbanizador o bien, en el caso de enajenación a terceros, mediante el ejercicio de las acciones de responsabilidad que legalmente procedan<sup>14</sup>.

- g) Para el caso de iniciarse las obras de urbanización, debería estar previsto el tratamiento de las cantidades invertidas en ellas, así como el destino, mantenimiento o demolición de las mismas y la imputación del pago de los correspondientes gastos.
- h) La posible existencia de propietarios que no consientan la operación en los casos en que tal consentimiento fuera necesario.
- i) El debido respeto a los derechos adquiridos por terceros, que habrán de intervenir de manera más o menos directa en el proceso y respecto de los cuales juega un papel decisivo el Registro de la Propiedad, como veremos en el apartado siguiente.
- j) El tratamiento de la afectación real de las fincas de resultado a los costes de urbanización, especialmente en el caso de anulación del plan sin simultánea anulación del proyecto de reparcelación.
- k) Las consecuencias desproporcionadas a que puede dar lugar la operación y la posible declaración de imposibilidad de ejecución de la sentencia anulatoria del proyecto, según describe la resolución de 6 de julio de 2015 en estos términos: «Cuando la sentencia es estimatoria, la anulación del proyecto completo produce unas consecuencias complejísimas y normalmente desproporcionadas porque con la aprobación del instrumento y su obligada inscripción registral se habrá producido la mutación jurídico real de las titularidades antiguas por las nuevas e incluso, en determinados casos, la adquisición originaria, con repercusiones hipotecarias de importante calado. Si se anula el proyecto por un problema que afecta a alguna o pocas fincas, los efectos suelen resultar completamente desproporcionados. (...) En la práctica, las situaciones que se originan suelen dar lugar a la apertura de incidentes de imposibilidad de cumplimiento de la sentencia que se transforman en nuevos litigios para fijar, primero si la ejecución es de imposible cumplimiento y, si ello es así, para establecer la indemnización correspondiente».
- l) Debe solucionarse el tratamiento fiscal de la operación, para lo que sería deseable el establecimiento de supuestos de exención análogos a los tradicionalmente existentes en relación con la entrega de fincas aportadas a la reparcelación y de las adjudicadas.

## VI. SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Como se desprende de lo expuesto hasta aquí, el título para obtener la constatación en el Registro de la Propiedad de la reversión de la reparcelación podría ser

judicial, administrativo o contractual, adaptándose la calificación registral a las circunstancias de cada uno de ellos conforme a las normas hipotecarias generales.

La forma de practicar los asientos derivados del título de reversión podría ser la apuntada por la citada resolución de la Dirección General de 6 de julio de 2015, que contempla la «cancelación de las inscripciones de las fincas de resultado no como acto registral autónomo, extinguiendo la entidad hipotecaria, sino dejando sin efecto, al mismo tiempo, la cancelación acordada en su momento respecto de las inscripciones de las fincas de origen, aportadas, de las que las de resultado constituyen subrogación real y, por lo tanto, continuadoras de las titularidades de dominio y derechos reales existentes al iniciarse el procedimiento de reparcelación».

Como es lógico, el título presentado habría de respetar los límites establecidos en la legislación hipotecaria con carácter general, y debiendo respetarse los llamados principios hipotecarios.

Así, en relación con el principio de tracto sucesivo y el de fe pública registral, en el caso analizado por la resolución de 24 de septiembre de 2015, del título judicial presentado resulta que no habían sido demandados todos los titulares registrales de las fincas de resultado del proyecto de reparcelación anulado y que, además, durante el procedimiento judicial habían surgido terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que no habían sido tenidos en cuenta. La resolución analiza «el grado de intervención que debe tener el titular registral al objeto de que se hagan constar en el Registro de la Propiedad las consecuencias de la declaración de nulidad de un proyecto de reparcelación por resolución judicial». A tal efecto, declara que las exigencias del principio de tracto sucesivo deben llevar a la denegación de la inscripción solicitada cuando en el procedimiento del que dimana el documento calificado no han intervenido todos los titulares registrales de derechos y cargas de las fincas.

En todo caso deben tenerse presente las normas sobre rectificación del Registro contenidas en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, entre las que cabe destacar, en primer lugar, la de su letra b), según la cual «Cuando la inexactitud debiera su origen a la extinción de algún derecho inscrito o anotado, la rectificación se hará mediante la correspondiente cancelación, efectuada conforme a lo dispuesto en el capítulo IV o en virtud del procedimiento de liberación que establece el Título VI», lo que remite al artículo 82, que, como regla general, exige para la cancelación una sentencia firme o el consentimiento del titular registral en escritura pública. La letra d) dispone que «Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, a rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial». La reciente resolución de la Dirección General de 2 de abril de 2018 rechaza la inscripción de la revisión de oficio de un proyecto de reparcelación, revisión que solo afectaba a una de las fincas de resultado, fundando tal rechazo en este apartado, al no constar el consentimiento del titular registral ni resolución judicial que ordenase la inscripción de dicha finca a favor del Ayuntamiento. También debe tenerse en cuenta la disposición del párrafo siguiente del mismo artículo 40 cuando señala que «En los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación, se dirigirá la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho, y se sustanciará por los trámites del juicio declarativo correspondiente».

Por un lado, respecto de los titulares registrales que lo fueran en el momento inicial del procedimiento, el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-

Administrativa obliga a la Administración demandada a notificar el acuerdo de remisión del expediente administrativo al tribunal a cuantos aparezcan como interesados en él a fin de que puedan personarse en el procedimiento como codeemandados. El mismo precepto impone al secretario judicial el deber de comprobar que se han hecho las debidas notificaciones y emplazamientos y, si advirtiere que son incompletas, el de ordenar a la Administración que se practiquen las necesarias para asegurar la defensa de los interesados que sean identificables.

Por otro lado, y en relación con los titulares futuros, el mecanismo adecuado de publicidad es la anotación preventiva de demanda, de tal modo que su omisión impide la práctica de la inscripción por aparición sobrevenida de nuevos titulares. La mecánica registral de la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo aparece regulada en los artículos 67 a 72 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística.

Por último, conviene tener presente la matización que hace al respecto la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de abril de 2013, cuando afirma que «tratándose de supuestos en los que la inscripción registral viene ordenada por una resolución judicial firme, cuya ejecución se pretende, la decisión acerca del cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal, así como de los relativos a la citación o llamada de terceros registrales al procedimiento jurisdiccional en el que se ha dictado la resolución que se ejecuta, ha de corresponder, necesariamente, al ámbito de decisión jurisdiccional. E, igualmente, será suya la decisión sobre el posible conocimiento, por parte de los actuales terceros, de la existencia del procedimiento jurisdiccional en el que se produjo la resolución determinante de la nueva inscripción. Será pues, el órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución de tal naturaleza el competente para —en cada caso concreto— determinar si ha existido —o no— la necesaria contradicción procesal excluyente de indefensión, que sería la circunstancia determinante de la condición de tercero registral, con las consecuencias de ello derivadas, de conformidad con la legislación hipotecaria».

## VII. CONCLUSIONES

De todo cuanto hasta aquí se ha expuesto cabe extraer las siguientes conclusiones:

I. La expresión «reparcelación inversa» parece hacer referencia a una realidad jurídicamente definida, a una institución con ciertas semejanzas con el instituto de la reparcelación, pues discurre de forma paralela a ella, en su misma dirección, pero en sentido contrario.

II. Sin embargo, lo cierto es que tal expresión se agota en sí misma, y no pasa de ser una denominación empleada de manera voluntarista para designar una necesidad que cobra cada vez mayor protagonismo debido a la existencia de numerosos casos en que, habiéndose realizado la reparcelación de un ámbito, se suspende *sine die* la ejecución de las obras de urbanización.

III. No habiéndose regulado esta figura, puede decirse que en realidad no existe ni como procedimiento administrativo específico, ni como institución jurídica propia.

IV. La única manifestación de la llamada reparcelación inversa que podría atisbarse en nuestro ordenamiento es la posibilidad de perseguir el efecto que

se le suele asignar, consistente en deshacer o revertir la situación creada por un proyecto de equidistribución, a través de diversos cauces establecidos con carácter general. Tal efecto puede obtenerse (en determinadas condiciones ya aludidas) en vía judicial, administrativa o negocial.

V. En consecuencia, consideramos que al aludir a esta figura, más que a una institución jurídica propia, se está haciendo referencia al resultado que con ella se persigue, consistente en que deshaga o revierta la reparcelación preexistente. Por ello, a falta de una regulación legal de la operación, consideramos más adecuado denominarla «reversión de la reparcelación», en su acepción de acción y efecto del verbo revertir.

VI. Aunque el concepto alude a un principio aparentemente muy sencillo, consistente en sustituir la estructura de la propiedad conformada por las fincas de resultado de la reparcelación por las fincas originarias, que resurgirían a la vida jurídica, volviendo al estado de cosas anterior al proceso reparcelatorio, en la aplicación práctica de este principio surgen inevitablemente múltiples obstáculos y dificultades de gran trascendencia, de índole administrativa, urbanística, jurídico-privada, registral e incluso fiscal, y que no son fácilmente salvables, a menos que se establezca legislativamente una regulación imperativa con el fin de allanarlos.

VII. La aplicación práctica de aquel sencillo principio teórico se torna de una complejidad extraordinaria, como destacó la resolución de 6 de julio de 2015 en los términos referidos en el apartado 5.

VIII. Finalmente, la misma complejidad se presenta a la hora de afrontar la tarea de dotar a la reparcelación inversa de una reglamentación adecuada, lo que exigiría un minucioso, profundo y riguroso análisis jurídico global de la problemática planteada con selección de las consecuencias jurídicas en cada caso procedentes, si es que se pretende evitar que, en lugar de facilitar la consecución de la finalidad buscada, se generen problemas aún mayores que los que se traten de paliar a través del proceso normativo.

## NOTAS

<sup>1</sup> Como señala la Dirección General en su resolución de 15 de junio de 2013, «finalizado el procedimiento de equidistribución cesa la potestad de la Administración en relación a la configuración y formalización de los títulos materiales de propiedad privada que hasta ese momento ha ostentado en virtud de la sujeción de esta al interés público derivada de su función social constitucionalmente reconocida (...). Producida la inscripción en el Registro de la Propiedad como acto final de la acción administrativa los bienes inmuebles resultantes de su actividad se integran en el tráfico jurídico ordinario sin perjuicio de que en función de los usos delimitados en las normas urbanísticas y sus instrumentos de desarrollo la Administración ostente competencias de gestión, disciplina e intervención».

<sup>2</sup> El Argumentario de la Modificación procedente de la Generalitat justifica así la propuesta de artículo 165 bis: «Como consecuencia de la aprobación e iniciación de la ejecución de Programas de Actuación Integrada en la primera década de este siglo y a resultados de la crisis iniciada a finales de 2007, existen en la actualidad multitud de terrenos que están incluidos en ámbitos de PAIs que están aprobados e incluso iniciada su ejecución pero paralizados sin visos de culminación. Con la finalidad de poder dar una solución a estas situaciones el artículo 165 bis completa la regulación del artículo 165 para los supuestos de caducidad o resolución de un programa de actuación. La modificación legal establece la posibilidad de reversión de la reparcelación, volviendo los terrenos a estado, físico, jurídico y urbanístico inicial. Se trata de este modo de establecer una herramienta que permita dar

solución a las situaciones derivadas de la burbuja inmobiliaria y de la posterior crisis de este sector, que ha dejado situaciones no deseables en el territorio y en el Registro de la Propiedad».

<sup>3</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ TOMÁS-RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Editorial Aranzadi, 18.ª edición, año 2017, 486.

<sup>4</sup> Así lo declara, entre otras muchas, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 2202).

<sup>5</sup> Según el artículo 57.1 del texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976: «Los particulares, al igual que la Administración, quedarán obligados al cumplimiento de las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la presente Ley y en los Planes, Programas de Actuación Urbanística, Estudios de Detalle, proyectos, normas y ordenanzas aprobadas con arreglo a la misma».

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 37 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>7</sup> Artículos 38 y 39.4 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>8</sup> Artículo 112.3 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>9</sup> Artículos 47 y 106 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>10</sup> Cualquier ciudadano podría impugnar judicialmente el acto aprobatorio del proyecto de reparcelación. También la propia Administración podría impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa el proyecto aprobado por ella si incurriera en causa de anulabilidad, previa la correspondiente declaración de lesividad (conforme a los artículos 48 y 107 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) o incluso revisar ella misma el acto por incurrir en nulidad absoluta (arts. 47 y 106 de la misma Ley 39/2015).

<sup>11</sup> Consagrado desde sus inicios por la legislación urbanística (arts. 16 y 17 del vigente texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana) y aplicado por la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 25 de noviembre de 1986, *RJ* 1987, 965).

<sup>12</sup> Resolución de 15 de junio de 2013.

<sup>13</sup> Según el citado último párrafo del artículo 48, «Transcurridos cuatro años desde la ocupación sin que se hubiera producido la aprobación definitiva del mencionado instrumento, los interesados podrán efectuar la advertencia a la Administración competente de su propósito de iniciar el expediente de justiprecio, quedando facultados para iniciar el mismo, mediante el envío a aquella de la correspondiente hoja de aprecio, una vez transcurridos seis meses desde dicha advertencia».

<sup>14</sup> En este punto no cabe olvidar la posible responsabilidad subsidiaria de la Administración actuante.

#### 4. DERECHO BANCARIO

### Permuta financiera vinculada a préstamo hipotecario: ocultación de riesgos, frustración de expectativas y pérdidas patrimoniales asociadas a la contratación

#### *Swap linked to mortgage loan: risk hiding, expectations frustration and wealth losses related to contract process*

por

ANA MARÍA PÉREZ VALLEJO  
*Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad de Almería*

**RESUMEN:** La mala praxis bancaria en la comercialización y asesoramiento de los *swaps* de tipo de interés, han revelado serios déficits informativos en la contratación de este producto financiero complejo. Principalmente visible en la ocultación de los riesgos económicos y consiguientes pérdidas patrimoniales asociadas a la operación, que han afectado a la economía de muchas familias y la viabilidad económica de empresas. ¿Podrá evitarse esta y otras situaciones similares ante la inminente transposición de la nueva normativa europea? Nuestro estudio quiere mostrar una visión retrospectiva de la doctrina jurisprudencial que ha sacado a la luz, no tanto lagunas legales, sino más bien, conductas de abuso de mercado, pasividad de los supervisores y falta de ética o deslealtad en el comportamiento precontractual, contractual y post-contractual. Por lo que en el contexto actual, se impone realizar una labor prospectiva con anotaciones concretas que ahora la MiFID II y el MIFIR pretende corregir, a través de la transparencia, mejorar la conducta en el mercado, identificar con claridad los clientes, extremar los deberes de información y promover la educación financiera.

**ABSTRACT:** *Bad practices financial entities in the commercialization and advising of interest rate swaps has revealed serious information deficits in the contracting of this complex financial product. Mainly visible in the concealment of the economic risks and consequent patrimonial losses associated with the operation, which have affected the economy of many families and the economic viability of companies. Can this and other similar situations be avoided in view of the imminent transposition of the new European regulations? Our study wants to show a retrospective view of the jurisprudential doctrine that has brought to light, not so much legal lapses, but rather, market abuse behaviors, passivity of the supervisors and lack of ethics or disloyalty in the pre-contractual, contractual and post-contractual. So in the current context, it is necessary to carry out a prospective work with specific annotations that now the MiFID II and the MIFIR intends to correct, through transparency, to*

*improve the conduct in the market, to clearly identify the clients, to maximize the duties of information and promote financial education*

**PALABRAS CLAVE:** *Swaps* de tipo de interés. Mala praxis bancaria. MiFID II.

**KEY WORD:** *Interest Rate Swap (IRS). Bad practices financial. MiFID II.*

**SUMARIO:** I. PRELIMINAR.—II. SWAPS DE TIPOS DE INTERÉS (IRS: INTEREST RATE SWAP): 1. SWAP: UN PRODUCTO FINANCIERO COMPLEJO DIFÍCIL DE ENTENDER. 2. FIGURA CONTRACTUAL ATÍPICA *SUI GENERIS* Y FUNCIONAMIENTO FINANCIERO DEL SWAP. 3. CONFLICTO DE INTERÉS: LA ENTIDAD OBTIENE BENEFICIOS SI EL CLIENTE SUFRE PÉRDIDAS.—III. CONTROVERSIAS SOBRE EL DEBER DE INFORMACIÓN: 1. OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN Y NORMAS DE CONDUCTA DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN LOS CONTRATOS SWAPS. 2. EXCEPCIÓN DE DETERMINADAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN (EX ART. 79 QUÁTER LMV).—IV. PERFIL DEL CLIENTE SWAP Y CONTROVERSIAS SOBRE LA EXPERIENCIA INVERSORA: 1. DE INVERSORES CUALIFICADOS A CLIENTES MINORISTAS Y PYMES. 2. TIPO DE SERVICIO DE INVERSIÓN VINCULA A LAS PARTES ¿SERVICIO DE ASESORAMIENTO O SIMPLE COMERCIALIZACIÓN DE LOS SWAPS? 3. ¿QUÉ TIPO DE CLIENTE SWAPS DEMANDA PROTECCIÓN ANTE LOS TRIBUNALES? ALGUNAS CONTROVERSIAS SOBRE LA «EXPERIENCIA INVERSORA». 4. *EXCURSUS* SOBRE LOS REMEDIOS POSIBLES.—V. CONCLUSIONES REFLEXIVAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. OTRAS FUENTES CONSULTADAS.—VIII. JURISPRUDENCIA.

## I. PRELIMINAR

La contratación en el mercado financiero es compleja, con un alto nivel técnico, lo que requiere para su comprensión conocimientos específicos en finanzas, muy superiores a los que posee la clientela bancaria<sup>1</sup>. Y es que, los contratos financieros, tienen un régimen legal y reglamentario de naturaleza mixta, jurídico-privada (contabilidad, publicidad, información obligatoria y contratación) y jurídico-pública (régimen reforzado de sanciones administrativa<sup>2</sup>). En este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa sectorial y la reguladora del mercado de valores, igualmente confusa y complicada<sup>3</sup>, responde a una doble finalidad; de una parte, garantizar la transparencia de las operaciones frente a los clientes e inversores; y de otra, la represión de los desequilibrios en su contratación. Lo que implica que el cliente o inversor ha de ser informado con rigor para protegerle a ultranza frente al «oscuro mercado financiero»<sup>4</sup>. Sin embargo, la perspectiva de la distancia permite afirmar que la amplia normativa pre-MiFID, y post-MiFID ha fracasado respecto a los objetivos pretendidos, sobre todo en lo referente a la protección del cliente minorista. Las irregularidades producidas en la comercialización masiva de productos financieros complejos, han revelado una palpable asimetría y déficit en la información precontractual. Circunstancias que se han hecho particularmente visibles en el caso de los *swaps* de tipo de interés ¿Podrá evitarse esta y otras situaciones similares ante la inminente transposición de la nueva normativa europea? Nuestro estudio hará un recorrido por la reciente doctrina jurisprudencial que ha evidenciado, no solo la asimétrica información precontractual, sino



también la consciente ocultación de riesgos en el momento de su contratación. Por lo que en el contexto actual, se impone realizar una labor prospectiva para realizar anotaciones concretas que ahora, el Anteproyecto de Ley del Mercado de Valores y de los Instrumentos Financieros (2017)<sup>5</sup>, en adaptación de la Directiva 2014/65/UE (MiFID II) y el Reglamento que la acompaña Reglamento (UE) núm. 600/2014 (MIFIR) pretende corregir<sup>6</sup>. Repárese en que los Estados miembros tenían de plazo hasta el 3 de julio de 2016 para su trasposición. Pero en virtud de la Directiva (UE) 2016/1034 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de junio de 2016 por la que se modifica la Directiva 2014/65/UE, queda aplazado el inicio de la aplicación del nuevo marco normativo en su totalidad (también el Reglamento (UE) núm. 600/2014)<sup>7</sup> hasta 3 de enero de 2018, para que las autoridades nacionales competentes y las partes interesadas puedan completar su implantación operativa (Considerando 11).

## II. SWAPS DE TIPOS DE INTERÉS (IRS: INTEREST RATE SWAP)

### 1. SWAP: UN PRODUCTO FINANCIERO COMPLEJO DIFÍCIL DE ENTENDER

En España no existe una regulación específica, ni definición legal de los contratos de permuta financiera o «*swap*». El *swap* surge tras la Ley 36/2003 de 11 de noviembre de medidas de reforma económica, cuya Exposición de Motivos ya preveía la necesidad de actuar con carácter urgente en el ámbito del mercado hipotecario<sup>8</sup>. El artículo 19.2, bajo la rúbrica «Instrumentos de cobertura de riesgo del tipo de interés de los préstamos hipotecarios», establece que las entidades de crédito ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Dicha Ley ya advertía que sus características se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito». Así, los *swaps* más comunes o *swaps* de tipos de interés (IRS: *Interest Rate Swap*, bono clip, cuota segura, etc.), fueron ofrecidos por las entidades financieras como producto «innovador» de cobertura del tipo de interés; y por tanto, comercializados como un contrato externo a la hipoteca que funcionaba como un «seguro anti subida de tipos»<sup>9</sup>. Sin embargo, ya eran conocidos desde los años 70 y comercializados por las entidades financieras a partir del año 2004 (de forma masiva a partir del periodo 2006-2008) cuando los tipos de interés comenzaron a subir, aunque poco después comenzaría la drástica bajada llegando a mínimos históricos (2009-2010). Dato y fechas relevantes, pues la normativa aplicable a los *swaps* es la Ley del Mercado de Valores en su versión aplicable a cada caso<sup>10</sup>. Así, muchos de los *swaps* que han sido objeto de litigio se contrataron bajo la normativa pre-MiFID, otros tras la post-MiFID y en este tramo, a algunos de los *swaps* contratados no les será de aplicación la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, que vino a reforzar la transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Dicho esto, clasificar a los *swaps* como producto complejo o no, resulta relevante para valorar si la conducta de las entidades financieras se ajustó en el momento de la comercialización de estos instrumentos a la normativa financiera aplicable y a la deontología bancaria. Sobre el particular cabe reseñar que la Ley

del Mercado de Valores post-MiFID (Ley 42/2007)<sup>11</sup>, introdujo la distinción entre instrumentos financieros complejos y no complejos, sin ofrecer un listado cerrado de productos que se integran en cada una de estas categorías. El artículo 79 bis, 8) de la hoy derogada LMV señala las condiciones que debe reunir un instrumento financiero para considerarse no complejo. El nuevo Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores (Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, en adelante TRLMV)<sup>12</sup>, se refiere a los instrumentos financieros no complejos en el artículo 217<sup>13</sup>; precepto que, a su vez, hace un reenvío al artículo 2 apartados 2 a 8, para indicar los que también tienen la consideración de complejos. Dicho reenvío al artículo 2 TRLMV y de conformidad a la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, sobre «Información y clasificación de productos financieros»<sup>14</sup> supone incluir entre los productos financieros complejos a las permutas financieras o *swaps*. Entre otras circunstancias, tal como se ha evidenciado, dadas las pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento. Cuestión «perversa»<sup>15</sup> para el inversor minorista, pues a diferencia de las participaciones preferentes, el inversor puede perder más dinero que el invertido. De forma paralela, la TRLMV extiende su ámbito objetivo de aplicación a los denominados «instrumentos financieros derivados» y los *swaps* lo son<sup>16</sup>.

Su denominación procede del propio precio derivado, a su vez, del valor de otro activo que pueden ser bonos, divisas, riesgo crediticio o tipos de interés a los que se denomina subyacente. Como producto financiero del tipo derivados, los *swaps* son contratos OTC (Over the counter), por lo que no forman parte de los mercados organizados del MEF (Mercado Oficial Español de Futuros y Opciones), pues el Real Decreto 1814/91, de 20 de diciembre, que los regula, no incluye a los *swap*<sup>17</sup>. Dentro de los mercados derivados no organizados u OTC se negocian el resto de derivados y la permuta financiera o *swaps*, así como las opciones OTC (caps, floor, collar, etc.). Tampoco está supervisado por la CNMV cuando se negocia particularmente, sin entrar en el mercado de valores. Son las dos partes contratantes (entidad y cliente) quienes fijan en cada caso los términos y condiciones contractuales de las operaciones y al no existir intermediario financiero, las partes han de asumir un importante riesgo de crédito. En la actualidad, el Anteproyecto de Ley del Mercado de Valores y de los Instrumentos Financieros, en adaptación de la Directiva MiFID II establece una nueva categoría de centro de contratación; el denominado «sistema organizado de contratación», cuya finalidad es la de permitir la canalización de operaciones de activos que hoy se hacen «Over the Counter» (sin mercado organizado, únicamente con dos contrapartes que se ponen en contacto y cierran una operación) hacia un mercado organizado, algo que se considera deseable desde el punto de vista de la estabilidad financiera.

Al hilo de estas consideraciones, la Circular de la CNMV sobre advertencias relativas a instrumentos financieros no adecuados para minoristas, en desarrollo de la Orden ECC/2316/2015, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros, recoge una clasificación de los productos que se consideran inadecuados por su elevada complejidad, entre otros, los derivados no cotizados en mercados organizados, para los que las entidades deberán incluir la siguiente advertencia: «Está a punto de adquirir un producto que no es sencillo y que puede ser difícil de entender». Además el cliente deberá firmar el texto anterior y escribir de su puño y letra: «Producto difícil de entender». Circular que está en consonancia con las líneas estratégicas de la CNMV (2017-2018), entre cuyos objetivos está dedicar especial relevancia a los aspectos relacionados con el cumplimiento de las normas más relevantes en materia de conducta y protección

de los inversores. Para lo que prevé incrementar la atención sobre la información que se suministre al inversor minorista y potenciar la educación financiera<sup>18</sup>. Lo que ha llevado a la propia CNMV a realizar, por primera vez, un ejercicio de supervisión utilizando la herramienta del «cliente misterioso» o «mystery shopping»<sup>19</sup>. Sus resultados hechos públicos en febrero de 2017, han puesto de relieve deficiencias en la información ofrecida verbalmente a los clientes. Entre otras, se apunta que durante la explicación oral de la naturaleza de los instrumentos financieros ofertados, con cierta frecuencia se hace hincapié en las ventajas de los mismos haciendo una insuficiente referencia a sus riesgos. Adicionalmente, en ocasiones cuando el personal comercial anticipó verbalmente al cliente simulado que el producto ofertado podía no resultar conveniente, se minusvaloró este hecho restándole importancia. Nótese que en muchos casos enjuiciados de *swaps* ni siquiera consta el contenido de la información suministrada al cliente de forma verbal con carácter previo a la firma del contrato.

## 2. FIGURA CONTRACTUAL ATÍPICA *SUI GENERIS* Y FUNCIONAMIENTO FINANCIERO DEL SWAP

El contrato de *swap* es un contrato atípico<sup>20</sup>, como atípica es su nomenclatura, pero lícito al amparo de la autonomía de la voluntad (arts. 1255 del Código Civil y 50 Código de Comercio); aunque no pierde su condición de producto complejo por estar vinculado a un contrato de préstamo hipotecario. Nótese que a pesar de su complejidad y elevados niveles de riesgo<sup>21</sup> la comercialización de los *swaps* no está prohibida entre inversores minoristas. Cosa distinta será la información suministrada por la entidad financiera sobre los concretos riesgos asociados a la contratación del *swap* y la advertencia sobre las posibles pérdidas para el cliente, que evidentemente y como se verá, son concurrentes con los beneficios para la Banca. Por este contrato<sup>22</sup> las partes formalizan un acuerdo durante un periodo de tiempo establecido, para un intercambio de dinero futuro (permuta de tipo de interés), en base a cobros y pagos pactados; calculados sobre un mismo principal, pero con tipos de referencia distintos (tipo fijo/tipo variable). Su resultado puede ser a pagar o a cobrar en función de que el tipo de interés suba o baje de determinado valor. Así, la finalidad de este producto derivado complejo es proteger a los clientes que suscriban préstamos hipotecarios o préstamos sujetos a interés variable, de las eventuales subidas de los tipos. En esta modalidad de *swaps* de tipos de interés, no hay flujos de pagos en concepto de principal (que es un importe meramente nominal); liquidándose normalmente por diferencias, los saldos respectivos entre las partes contratantes, recurriendo a la compensación. Se trata, en definitiva, de operaciones de cobertura del riesgo de tipo de interés, que permiten a los operadores económicos con endeudamiento a tipos de interés variable protegerse de la fluctuación en los tipos de intereses; convirtiendo deudas con intereses fijos en variables o con intereses variables en fijos o variables con distinta indexación<sup>23</sup>.

Lo cierto es que esta figura contractual, ya se asimile a instrumentos financieros como a productos bancarios, dada su difusa delimitación<sup>24</sup>, tiene una sustantividad contractual propia, que encajaría en la categoría de contrato único o autónomo, con causa propia, pero *sui generis*<sup>25</sup>. Ya se pacte de manera individual, o bien a través de contratos normalizados o estándar, con las previsiones generales de un CMOF (Contrato Marco de Operaciones Financieras) que suele ser lo habitual. El CMOF es el que regula las condiciones que regirán el contrato de derivados financieros. En tanto que el pliego de cada operación contratada,

recoge las condiciones particulares. Cuando finaliza el contrato marco se produce lo que en la práctica financiera se denomina «netting», que es la liquidación, mediante compensación, de los saldos positivos y negativos resultantes de las diversas operaciones financieras existentes entre las partes. Por lo que son las partes quienes proceden a su liquidación en la fecha de vencimiento.

Y si bien la Directiva 48/2006 denomina «permutas» a los *swaps*, en sentido estricto no lo son atendido el dictado del artículo 1538 del Código Civil a modo de intercambio de cosa por dinero<sup>26</sup>, sino negocios conmutativos de la clase «*do ut des*». Caracterizado como consensual, bilateral<sup>27</sup> y, por tanto, oneroso, es más discutible que sea generador de recíprocas obligaciones<sup>28</sup>, porque las liquidaciones periódicas que derivan del *swaps* producen obligaciones distintas para las partes, aunque deriven del mismo negocio (contrato único y autónomo). Así, las sucesivas liquidaciones no hacen surgir obligaciones recíprocas, sino la obligación unilateral de pago para una sola de las partes, de tal manera que el Banco contratante realizará el correspondiente cargo o abono en la cuenta de referencia, en función del resultado del riesgo. Es también un contrato sinalagmático, con interdependencia de prestaciones, actuando cada una como causa de la otra; de duración continuada (sucesivas prestaciones que se van materializando a través del tiempo) y en el que concurren las notas del contrato aleatorio<sup>29</sup>. En nuestra opinión, es indiscutible la aleatoriedad como punto destacable de los *swaps*, ya que el acuerdo de intercambio del pago de intereses se produce jugando con un índice de interés referencial variable, sometido a las fluctuaciones de los mercados financieros. Y a diferencia de los contratos conmutativos, donde cada parte sabe, desde su perfección, el contenido de cada prestación, en el *swap* como contrato aleatorio, las partes quedan expuestas desde su perfección a unos resultados (positivos o negativos). Así, el Banco se asegura el riesgo derivado de una bajada de los tipos de interés, a cambio de la percepción del diferencial del *swap* y, al contrario, el prestatario se asegura el riesgo de una subida de los tipos de interés a cambio de la percepción que habría de recibir del Banco<sup>30</sup>. No obstante, aunque persiga cierta cobertura, garantía o blindaje en los riesgos financieros, tampoco puede conceptuarse como un contrato de seguro<sup>31</sup>, aunque, como hemos constatado, su finalidad principal, en contrataciones no especulativas, sea la de cubrirse ante los riesgos de los incrementos de los tipos de interés.

La mayoría de las sentencias consultadas recalcan su carácter aleatorio, añadiendo otras que los *swaps* presentan «tintes especulativos» o de pura inversión<sup>32</sup>; pero a nuestro juicio en los *swaps* de intereses no hay especulación, pues existe un riesgo que cubrir, si bien a modo de «apuesta»<sup>33</sup> sobre la evolución de los tipos de intereses. Y como en toda apuesta, se puede «ganar o perder»; o puede haber resultados positivos o negativos. Sin embargo, esta apuesta bilateral presenta matices propios, ya que las dos partes quedan obligadas desde que se confirma la operación de *swap*, pero solo una de ellas ejecutará su prestación en cada liquidación periódica según el resultado del cálculo que corresponda a dicha liquidación. Así, puede afirmarse, que el contexto en que se hizo su comercialización, evidencia que esta apuesta bilateral se produce en un «terreno de juego injustificadamente favorable para el banco»; especialmente palpable cuando no se informa al cliente adecuadamente de los riesgos asociados a una «bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés» (STS de 19 de diciembre de 2016)<sup>34</sup>, como de los costes de una posible cancelación, como lo que ha ocurrido en su comercialización.

Como se ha dicho, la mayoría de los *swaps* se basan en el intercambio de los intereses correspondientes a una tasa fija, por los correspondientes a una tasa de interés variable. Por ello, este tipo de *swap* se conoce como *plain vanilla*<sup>35</sup>, por

ser la versión más simple del derivado. La ventaja para el cliente es que con el *swap* simple se garantiza un interés fijo por el periodo de tiempo pactado con el Banco para cubrirse de posibles subidas del Euríbor. Pero su particularidad y principal desventaja es que el cliente no podrá beneficiarse de la bajada de los tipos<sup>36</sup>, por lo que podía suponerle un coste adicional. Siendo habitual que los *swaps* se complementen incorporando opciones sobre tipos de interés, como tipo de Interés «Collar», con Barrera Knock-Out en el «Cap» y Barrera Knock-in en el «Floor»<sup>37</sup>. Con el *clip* o *collar de tipo de interés* (especie de *swaps*) se asegura pagar un interés fijo máximo durante un periodo de tiempo («cap» o límite «techo»); y también, el caso contrario, se limita un tipo de interés a la baja («floor» o límite suelo). Se trataría pues de neutralizar, dentro de una horquilla, las subidas o bajadas de los tipos de interés. Así, aunque los préstamos o créditos obtenidos a interés variable sufran alzas espectaculares, sus costes financieros tendrían un tipo máximo (techo o «cap»). Y a la inversa, si bajan considerablemente, un coste mínimo (suelo o «floor»). La entidad financiera compensa o abona la diferencia cuando el Euríbor es superior al tipo de referencia pactado, esto es, compensa la subida de la cuota mensual del préstamo hipotecario cuando suben mucho los tipos de interés; pero si el Euríbor está por debajo del tipo de referencia pactado, el hipotecado será el que debe compensar la diferencia a la entidad financiera, que habrá que sumar a la cuota de la hipoteca.

La comercialización de *swaps* con este tipo de opciones, con nomenclatura ciertamente «extravagante»<sup>38</sup>, ya hace presumir que nos encontramos ante un contrato complejo dirigido a personas, físicas o jurídicas, con un alto conocimiento del mercado financiero. Se afirma que las entidades incrementaron «artificialmente» la dificultad de comprensión del producto, como medio de aumentar la asimetría y poder obtener mayores márgenes sin que fueran visibles para el cliente<sup>39</sup>. Por lo que nunca debieron dirigirse a la clientela no profesional. Sin embargo, consta cómo en ocasiones, la entidad condicionó la concesión del préstamo hipotecario a la suscripción del *swap*, facilitando información no veraz. Pues como se ha visto, el riesgo no era la subida, sino la bajada; y el coste, desproporcionadamente superior al que suponía el interés variable aplicado a la hipoteca. Al respecto el Defensor del Pueblo (2012) ya apuntó que en todo caso, hubiese sido menos gravoso para los reclamantes haber contratado un préstamo con un tipo de interés fijo»<sup>40</sup>.

### 3. CONFLICTO DE INTERÉS: LA ENTIDAD OBTIENE BENEFICIOS SI EL CLIENTE SUFRE PÉRDIDAS

Se afirma con razón que cualquier práctica comercial está guiada por el principio de diligencia y por las exigencias de la buena fe, evitando conflictos de intereses y reflejando el propósito comercial de esa práctica.<sup>41</sup> Pero hoy sabemos que la comercialización masiva de los *swaps* ha generado un fuerte desequilibrio financiero en contra de la clientela y graves consecuencias patrimoniales asociadas a la operación. Situación que se vio materializada con la quiebra de Lehman Brothers, cuando se empiezan a recibir las primeras liquidaciones negativas y se toma conciencia del riesgo asociado al *swap* contratado. La creencia (errónea) de que lo que contrataban eran una especie de seguro frente a las posibles subidas del tipo de interés (seguro de cobertura, bono *clip*, etc.), el desconocimiento de su verdadero funcionamiento, así como el elevado coste de una eventual cancelación en un periodo de bajada de intereses, ha generado importantes pérdidas de capital a clientes no profesionales y pymes.

El desconocimiento del cliente alcanza a que contratar este tipo de instrumentos financieros sofisticados solamente le será rentable si el Euribor está en mínimos y su previsión es que va a subir. *Sensu* contrario, para el banco, el contrato de *swap* le será beneficioso, si su pronóstico acerca de la evolución de la variable económica utilizada como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida. Por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses, «en la medida en que pueda existir un eventual beneficio de la entidad de inversión, ligado a la pérdida concomitante para el cliente»<sup>42</sup>. Repárese que al objeto de identificar los conflictos de interés, deberán tenerse en cuenta, si la entidad que presta el servicio de inversión se encuentra en alguna de las situaciones descritas en el artículo 44 R/D 217/2008, de 15 de febrero; precepto que señala entre otras: a) cuando la entidad o la persona en cuestión puede obtener un beneficio financiero, o evitar una pérdida financiera, a costa del cliente; b) o cuando tiene un interés en el resultado del servicio prestado o de la operación efectuada por cuenta del cliente, distinto del interés del propio cliente en ese resultado. En esta línea el artículo 195 del TRLMV bajo la rúbrica «Conflictos de interés», incide en que las entidades financieras tienen la obligación de adoptar medidas para detectar los posibles conflictos de interés entre sus clientes y la propia empresa o grupo. Además, deben aprobar una política de gestión que sea eficaz, destinada a impedir que los conflictos de interés puedan perjudicar los intereses de sus clientes. Por lo tanto, conforme a la normativa, las entidades financieras deben comunicar y advertirle al cliente, el riesgo de conflictos de interés existente en la operación objeto de suscripción, debiendo, además, gestionarlos de tal manera que, en ningún caso, les perjudiquen. Resulta clarividente la presencia de conflicto de interés en la comercialización de la mayoría de los *swaps* que han sido objeto de litigio, pues como ha reiterado el Tribunal Supremo<sup>43</sup>, en este tipo de contratos complejos los beneficios de una parte constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte. El *swap* es un «juego de suma cero»<sup>44</sup> en donde la entidad solo podrá obtener beneficios si el cliente sufre pérdidas. De ahí la mala praxis de las entidades financieras, que una vez más utilizan su posición privilegiada en provecho propio.

Sin embargo, es razonable admitir que la contratación del producto financiero resultó atractiva para el cliente en un momento en que los tipos de interés evolucionaban al alza. Numerosas hipotecas con *swaps* se comercializaron entre 2007 y 2008, cuando los tipos estaban en máximos históricos, hasta el punto de que en octubre de 2008 se llegó al 5,3%. Pero ciertamente, el Banco era concedor de la situación de los mercados y todos los indicadores apuntaban a una caída generalizada de los tipos de interés, como poco después aconteció; en cuyo caso, el producto financiero era totalmente desaconsejable. A modo de recordatorio, basta indicar que en el verano de 2007 se había producido en Estados Unidos la crisis de las hipotecas *subprime*, que pronto se extendería a todo el sistema financiero internacional. El 15 de septiembre de 2008 Lehman Brothers se declaró insolvente y desencadenó una seria crisis económica financiera, que aún tiene consecuencias en todo el mundo<sup>45</sup>. Se rozó el colapso de los mercados financieros, y en 2010, la irrupción de la crisis de deuda en la zona euro, con el rescate a Grecia, puso en el foco al sistema financiero europeo, lo que hacía previsible que el Banco Central Europeo bajase los tipos de interés, provocando la bajada del Euribor; así ocurrió, hasta tal punto que en los años 2009 y 2010 el Euribor había alcanzado mínimos históricos. En España esta circunstancia se vio asociada al estallido de la «burbuja inmobiliaria», en un momento de seria iliquidez del mercado y con cuatro millones de personas en el paro.

Ante este panorama, era evidente que la contratación del *swaps* no respondía a las expectativas del cliente no profesional; y aún así, las entidades financieras recomiendan masivamente la suscripción del *swap* asociado o vinculado al préstamo hipotecario, sin informar de que una posible bajada del tipo de interés podría acarrearle liquidaciones periódicas negativas de elevada cuantía. Tampoco, se les informa del elevado coste que supondría una posible cancelación anticipada («ventanas de cancelación»), y que a la postre, calcularía el banco. Ciertamente, como apunta la STS de 13 de enero de 2017 «(...) No se trata de que el Banco pudiera adivinar la evolución futura del índice de referencia, sino de que ofreciera al cliente una información precisa, suficiente y comprensible, con suficiente antelación, de las posibles consecuencias de la fluctuación de tal índice al alza o a la baja y de los costes de la cancelación anticipada»<sup>46</sup>. No siendo suficiente con mostrar una curva de evolución de tipos, omitiendo las consecuencias de la bajada del Euribor, ni de los riesgos<sup>47</sup>. Relación claramente asimétrica pues «el banco podía cancelar cuando quisiera sin coste, mientras que el cliente tendría un coste muy elevado y peor explicado»<sup>48</sup>. A resultas, podemos afirmar que el Banco siempre gana y efectivamente las entidades financieras se vieron beneficiadas por el descenso del Euribor.

Así, llegadas las primeras liquidaciones negativas, el titular de alguno de estos productos no pudo reducir ni la banda fijada, con la cancelación del *swap*, dado que el coste era inasumible, ni tampoco podía trasladar su préstamo a otra entidad, ya que se encontraba con la llamada cláusula de «compensación del riesgo del tipo de interés» que concedía al banco la posibilidad de exigir esa compensación y podía ser hasta del 5% del posible perjuicio sufrido por el Banco. A mayor abundamiento, en muchas ocasiones, devengadas las referidas liquidaciones negativas, se propone al cliente como solución realizar una «reestructuración» del producto, endosando nuevas permutas de interés y ampliando en el tiempo su vigencia; a modo de exigencia o peaje para la viabilidad de un plan de refinanciación. Concatenación sucesiva de contratos, que como apunta la STS de 18 de enero de 2017 «no constituye indicio de que el cliente conociera el producto y sus riesgos, sino que, por el tiempo en que se produjo la contratación y las circunstancias que concurrían, muestra más bien, que se trataba de una huida hacia adelante, presidida por el desconocimiento»<sup>49</sup>. En definitiva, un largo etcétera de irregularidades e incumplimiento del mínimo deber de lealtad, que conforme a la buena fe debe presidir los contratos, y de las más mínimas garantías de transparencia.

### III. CONTROVERSIAS SOBRE EL DEBER DE INFORMACIÓN

#### 1. OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN Y NORMAS DE CONDUCTA DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN LOS CONTRATOS SWAPS

Sin ánimo de exhaustividad, cabe plantearse cómo valorar si la conducta de las entidades financieras se ajustó en el momento de la comercialización de los *swaps* a la normativa financiera aplicable y a la deontología bancaria. Aunque la respuesta hoy está clara, en su día no estuvo exenta de controversia. Ya de inicio, podemos afirmar que la obligación de informar adecuadamente al cliente, se aplica a los *swaps* anteriores a la entrada en vigor de la normativa MiFID, conforme al artículo 79 de la LMV entonces vigente y el artículo 4.1 y artículo 5 del anexo del RD 629/1993, de 3 de mayo. Bajo esta normativa, aplicable a mu-

chos de los supuestos enjuiciados por *swaps*, la entidad que comercializaba estos productos no estaba obligada a realizar el test de idoneidad, ni el de conveniencia, ni tampoco a entregar el folleto informativo al cliente. Pero sí venía obligada a desplegar una diligencia profesional específica para recabar información sobre el perfil y necesidades del cliente y para facilitarle información clara, imparcial, no engañosa y con antelación suficiente<sup>50</sup>. Por lo que la normativa pre-MiFID obligaba, particularmente en el caso de los *swaps*, a informar de los riesgos asociados a este tipo de productos, «tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas de elevada cuantía, como al también elevado coste de cancelación»<sup>51</sup>.

Y si bien, según nuestro parecer, la normativa del mercado de valores ya ofrecía unos estándares altos en los preceptivos deberes de información, posteriormente se reforzarían conforme a los dictados de la normativa europea, que afectaron a la Ley 24/1988 (LMV) para adaptarla a la evolución y realidad de los mercados. Especialmente, las reformas introducidas por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorporó al ordenamiento jurídico español varias Directivas comunitarias, entre ellas la Directiva 2004/39 CE (MiFID)<sup>52</sup>. La inclusión expresa en el Derecho español de la normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis. 3 LMV (hoy arts. 210 y sigs. del TRLMV), acentuó tales obligaciones y las sistematizó de un modo más completo, pero no supuso una regulación realmente innovadora en relación a los principios fundamentales que rigen la materia. La Ley 42/2007 se vería modificada por el RD 217/2008, de 15 febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión que impone a las entidades la obligación de contrastar la información recibida del cliente sobre su capacidad para entender las inversiones. El RD 217/2008 insiste, entre otros aspectos, en este deber de fidelidad y adecuada información al cliente, tanto en fase precontractual como post-contractual (arts. 60 y ss., en especial el artículo 64 sobre la información relativa a los instrumentos financieros)<sup>53</sup>. Información que resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información<sup>54</sup>. Así, se desarrollarían los deberes de la entidad que presta servicios financieros relativos a la realización de los conocidos test MiFID, que comprenden tanto el test de conveniencia (arts. 79 bis.7 LMV y los arts. 73 y 74 RD 217/2008)<sup>55</sup>, como el test de idoneidad (art. 79 bis. 6 LMV y el art. 72 RD 217/2008). Hoy previstos en los artículos 213 y 214 del TRLMV. Test de conveniencia e idoneidad que efectivamente se presentan como una garantía frente al conflicto de intereses de la entidad de crédito y el cliente.

En este contexto, conviene aclarar que lo que se describe como «*evaluación de la idoneidad*», hoy prevista en el artículo 213 del TRLMV, implica que cuando se preste el *servicio de asesoramiento* en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre sus clientes y, en su caso, los clientes potenciales, en relación a sus conocimientos y experiencia, su situación financiera, y sus objetivos de inversión; información que no tendrá que obtener para el caso de clientes profesionales. Pues ni para los unos ni para los otros, ya que han sido muchos los casos enjuiciados que revelan cómo se prescindió de forma absoluta del test de conveniencia y del de idoneidad cuando era preceptivo, tanto para minoristas como para profesionales. «Revelantes omisiones»<sup>56</sup>, que confirman, cómo la entidad financiera incumplió su función de prospección del perfil del contratante, para evaluar la adecuación del producto financiero a sus condiciones personales y económicas. Al respecto, cabe reseñar que la MiFID II (art. 25) incluye nuevas exigencias en relación a la evaluación de



idoneidad y requiere mayor información sobre la situación financiera del cliente; de forma que además de los requisitos previstos, pueda acreditarse su capacidad para soportar pérdidas. Y, respecto a los objetivos de inversión, se exigirá recabar información sobre la tolerancia al riesgo del cliente. Datos que serán tenidos en cuenta a la hora de recomendarle el producto como idóneo o no.

De otro lado, la «*evaluación de la conveniencia*» (art. 214 TRLMV) está referida al deber que incumbe a las entidades que presten servicios de inversión, distintos del servicio de asesoramiento, quienes deberán solicitar al cliente, incluidos los potenciales, que faciliten información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente, al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado a su perfil. La MiFID II mantiene la posibilidad de que la entidad no esté obligada a realizar la evaluación de conveniencia cuando, entre otras cosas, los servicios se refieran a la comercialización de productos considerados no complejos. De forma paralela, cabe reseñar que en caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo (art. 217 TRLMV) se exigirá además que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la CNMV, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo. El MIFIR establece a su vez requisitos rigurosos respecto a la información dirigida a los clientes o posibles clientes, incluyendo la publicidad, para garantizar que sea «imparcial, clara y no engañosa». Nada nuevo por otra parte.

## 2. EXCEPCIÓN DE DETERMINADAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN (EX ART. 79 QUÁTER LMV)

La normativa anteriormente citada tiene como finalidad reforzar la protección del cliente, regulando exhaustivamente los deberes de información y transparencia, a los fines de que pueda tomar decisiones con conocimiento de causa; debiendo incluir la información y las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados al instrumento financiero, sin obviar, ni pasar por alto, las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos. Sin embargo, hay que precisar que dichas previsiones conforme a la normativa pre-MiFID y MiFID y el alto nivel de protección que desarrollan, excluye a los productos de inversión vinculados a operaciones financieras, por lo que los clientes que contrataron *swaps* quedarían fuera del ámbito de protección, conforme al artículo 79 quáter LMV<sup>57</sup>. Efectivamente, como se ha dicho, los *swaps* de intereses, suelen estar ligados a otros productos como préstamos hipotecarios que ya cuentan con su propia normativa de transparencia y protección al cliente. Al respecto, cabe citar, entre otra normativa aplicable<sup>58</sup>, la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Dicha orden refuerza el régimen de protección a los clientes personas físicas que contraten un instrumento de cobertura del riesgo de tipos de interés, vinculados a préstamos hipotecarios; particularmente el artículo 24 bajo la rúbrica «Información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés». Y precisamente, a propósito de la interpretación y aplicación del artículo 24 de la citada Orden EHA/2899/2011, se plantea una cuestión prejudicial ante el TJUE. Y es la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 SL (C-604/2011)<sup>59</sup>, la que viene a zanjar la controversia<sup>60</sup>. Esta sentencia confirma que a los *swaps* se les aplica la LMV

y, además, lo dispuesto en la Orden EHA/2899/2011, preceptos que suman, y no se resta protección al cliente. Dice la sentencia que «Las excepciones a las evaluaciones de conveniencia e idoneidad de los apartados 35 a 37 de la MiFID no son de aplicación a una permuta financiera, pues se refieren a productos de inversión no complejos». El Tribunal recuerda que «los contratos de permuta financiera relacionados con los tipos de interés, figuran en el anexo I, sección C, punto 4, de dicha Directiva, lo que excluye, de conformidad con el artículo 38 de la Directiva 2006/73, que tengan la consideración de no complejos». De forma paralela, confirma que a los *swaps*, cuando son ofrecidas por los bancos entre su clientela, constituyen asesoramiento en materia de inversión sometido a las normas de conducta de la Ley del Mercado de Valores<sup>61</sup>. Posición que se vería reforzada posteriormente por la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2013<sup>62</sup>.

En definitiva, ambas resoluciones ratifican que a los *swaps* les resultan de aplicación la Ley del Mercado de Valores sin excluir el deber de observancia y cumplimiento de las obligaciones de información previstas en el artículo 79 bis LMV, a las que no desplaza, sino que se adiciona o agrega. En este contexto y en línea con lo anteriormente expuesto, se publica la Ley 10/2014, de 26 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que recoge la doctrina anterior y da nueva redacción al artículo 79 *quáter* de la LMV<sup>63</sup>, con la finalidad de extender el régimen de información al cliente, previsto con carácter general en los artículos 79 bis y 79 ter, a aquellos servicios de inversión que se pudieran ofrecer vinculados a otros productos financieros<sup>64</sup>. Esto sin perjuicio de que estos otros servicios, como por ejemplo los préstamos hipotecarios, ya cuenten con su propia normativa de transparencia y protección al cliente.

#### IV. PERFIL DEL CLIENTE SWAP Y CONTROVERSIAS SOBRE LA EXPERIENCIA INVERSORA

##### 1. DE INVERSORES CUALIFICADOS A CLIENTES MINORISTAS Y PYMES

Como es sabido, la legislación específica en materia de productos o instrumentos financieros habla de inversores, no de consumidores. Y si bien la noción general de «consumidor» no coincide con la del sujeto protegido por la regulación financiera<sup>65</sup>, por lo que en principio no cabría aplicarles la legislación específica en la materia<sup>66</sup> en nuestra opinión deben ser de aplicación en términos de franca concurrencia<sup>67</sup>. Lo que falta es la debida coordinación entre el Derecho del consumo y la regulación financiera<sup>68</sup>. Hecho este inciso, son los artículos 38 y 39 del RD 1310/2005 donde se contiene la distinción entre tres clases de inversores: el inversor o cliente minorista, el inversor iniciado o experto y el inversor cualificado. El primero, el minorista, es caracterizado por defecto o exclusión; así lo es, quien no es experto o cualificado y se conceptúa como merecedor de mejor protección jurídica que la procurada por el principio de autotutela previo acceso a una información reglada sobre el emisor y los valores que rige el mercado primario. Posteriormente, el artículo 78 bis de la LMV, tras la MiFID (Ley 47/2007), ya clasificaría a los inversores, en función de sus conocimientos financieros, como profesionales, minoristas, y contrapartes elegibles. Así se mantiene el TRLMV, donde el artículo 203 bajo la rúbrica «Clases de clientes» señala que, «a los efectos de lo dispuesto en este título, las empresas de servicios de inversión clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas. Igual obligación será

aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios». Se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales y tendrán la consideración de profesionales aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos (arts. 204 y 205). Las contrapartes elegibles (entidades de crédito, empresas de servicio de inversión, etc.) son clientes que tienen el máximo conocimiento, experiencia y capacidad financiera. A estos últimos, el nivel de protección que se les otorga es menor. La MiFID II, más allá de distinguir entre clientes minoristas y profesionales, obliga a las empresas de servicios de inversión que elaboren instrumentos financieros a que identifiquen con el suficiente nivel de detalle el mercado destinatario potencial de cada instrumento financiero. Como parte de este proceso, la MiFID II se ha visto complementada por la Directiva delegada de la Comisión de 7 de abril de 2016 (C 2016 2031 final)<sup>69</sup>, que obliga a las empresas de servicio de inversión a que identifiquen con claridad los grupos de clientes cuyas necesidades, características y objetivos no sean compatibles con el instrumento financiero (art. 9.9). Igualmente que realicen un análisis de escenarios de sus instrumentos financieros en el que se evalúen los riesgos de que el producto produzca resultados deficientes para los clientes finales y en qué circunstancias puedan darse tales resultados (art. 9.10).

Desde la perspectiva de la distancia cabe ahora preguntarse si se identificó con claridad el grupo de clientes a los que fue dirigido el *swap*, si se garantizó el nivel de riesgo y si la estrategia de comercialización fue acorde al perfil del cliente/inversor. La respuesta es clara, si analizamos la evolución del perfil del cliente de *swaps* hipotecario. Y es que, con el objetivo de cubrir sus posiciones de riesgos, este tipo de productos financieros complejos tradicionalmente habían sido contratados por inversores cualificados con preparación o cualificación técnico-jurídica o económica alta, (el ojo financiero)<sup>70</sup>; o bien con empresas, a las que se le presume estar en posición de conocer el producto y entender sus riesgos. La propia CNMV señala que estos productos de alto riesgo, son para un perfil de cliente altamente especulativo y que está dirigido a empresas con necesidades de cobertura de divisas y de tipos de interés por asuntos de exportaciones e importaciones. Por lo que, como apunta el Defensor del Pueblo, resulta difícil de explicar y comprender para una persona que únicamente tiene contratado un préstamo hipotecario<sup>71</sup>. De las distintas sentencias consultadas<sup>72</sup> se extrae la conclusión contraria; esto es, las entidades financieras comercializaron el producto de forma prácticamente indiscriminada, sin distinguir el carácter de profesional o no del cliente. En efecto, fueron colocados por la banca entre su clientela minorista, pymes, comunidades de propietarios, ayuntamientos, incluso comunidades religiosas y cooperativa de docentes de enseñanza infantil, carentes en principio, de formación y experiencia en los mercados financieros. Por lo que su gran «protagonismo litigioso»<sup>73</sup> revela, no solo que se ha desnaturalizado su primitiva concepción original, sino que incluso, estando ya vigente la normativa MiFID, al cliente no profesional o minorista no se le otorgó el mayor nivel de protección, cuando la entidad venía obligada a cumplir todas las normas de conducta. Nótese que en la mayoría de los casos analizados, fue el Banco el que ofreció el *swap*, y salvo petición expresa por iniciativa del cliente, la colocación por el banco del producto es «asesoramiento financiero»<sup>74</sup>, por lo que era preceptivo reforzar los deberes de información y era exigible, en su caso, realizar el test de idoneidad.

2. TIPO DE SERVICIO DE INVERSIÓN VINCULA A LAS PARTES ¿SERVICIO DE ASESORAMIENTO O SIMPLE COMERCIALIZACIÓN DE LOS SWAPS?

Una de las cuestiones más controvertidas reside en delimitar cuando en la contratación de los *swaps* vinculados a un producto bancario ha habido asesoramiento (preceptivo aplicar el test de idoneidad) o ha habido simple comercialización (test de conveniencia). Cuestión decisiva<sup>75</sup>, y con consecuencias importantes, pues verificado el incumplimiento de la obligación de realizar los test de conveniencia e idoneidad que derivan de la MiFID, dicha omisión llevará aparejada, además de las sanciones previstas en la normativa, otras consecuencias jurídico civiles de posible ineficacia contractual como se verá. Sin perjuicio, de que la ausencia del test de idoneidad no determinará por sí sola la existencia del error vicio para anular el contrato, pero sí permite presumirlo.

La LMV establece que «la comercialización de servicios de inversión y la captación de clientes no constituyen en sí mismos servicios de inversión, sino actividades previas a cada uno de los servicios, que podrán ser desarrollados de forma separada a la prestación del servicio en sí». Teniendo en cuenta que el artículo 63.1.g) LMV incluye entre los servicios de inversión el asesoramiento; esto es, «la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de este; o por iniciativa de los servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros». Por tanto, para que haya asesoramiento y no mera comercialización, es necesario que exista una recomendación sobre instrumentos financieros concretos (explícita o implícita) y, que dicha recomendación sea personalizada, esto es, que se le hubiera presentado al inversor como idónea basándose en sus circunstancias personales.

¿Qué es lo que ha sucedido en la comercialización de los *swaps*? ¿Asesoramiento o simple comercialización? La cuestión no ha sido pacífica, pero prescindiendo de otros precedentes, cabe reseñar que la STJUE, de 30 de mayo de 2013, «Genil 48, S.L.» y «Comercial Hostelería de Grandes Vinos, S.L.», contra «Bankinter, S.A.» y «BBVA, S.A.» (ap. 55), puso definitivamente fin a la controversia. Afirma que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión, la recomendación «que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público». No siendo requisito imprescindible, la existencia de un contrato remunerado *ad hoc* para la prestación de tal asesoramiento<sup>76</sup>. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea esta la que ofrezca el producto al cliente, recomendando su adquisición. Así, salvo petición expresa por iniciativa del cliente, la colocación por el banco es «asesoramiento financiero»<sup>77</sup>. Y en la mayoría de los *swaps* litigiosos, fue el Banco el que ofreció el *swap*, sin consideración del grave conflicto de intereses que amenazaba a los clientes. Por lo que al haber asesoramiento y no una simple actuación de intermediario o comisionista, era preceptivo reforzar los deberes de información y por tanto es exigible realizar el test de idoneidad. Pero ha sido la jurisprudencia la que ha venido a aclarar la cuestión y ahora la MiFID II contiene importantes novedades en lo relativo a la regulación del asesoramiento, que ahora se clasifica, en independiente (recurrente o puntual), en el ámbito de la gestión discrecional de carteras); o no independiente (recurrente o puntual), para otros servicios de inversión (intermediación, comercialización, etc.). La norma nacional de transposición velará por que el cliente conozca en todo momento si el servicio que se presta incluye asesoramiento o se trata de una comercialización, de un lado, y por que el llamado «asesoramiento

independiente» lo sea realmente y tenga en cuenta única y exclusivamente los intereses del cliente<sup>78</sup>. Un reciente estudio apunta que las entidades financieras optarán, de forma mayoritaria, por el modelo de asesoramiento no independiente, que se denominará simplemente «asesoramiento»<sup>79</sup>.

Lógicamente, el asesoramiento implica formación previa, y como es sabido el *swaps* ha sido propuesto a la clientela, por personal de la oficina (empleador-vendedor) poco apto para conocer si el producto era o no conveniente a lo pretendido por el cliente; que, como se ha dicho, no era otra cosa que dar cobertura al riesgo de incremento de los tipos de interés. Son muchas las sentencias que han puesto al descubierto esta situación, pues en ocasiones, de los propios interrogatorios realizados a los empleados, se revela de forma palpable, que cuando se comercializó el producto no tenían los conocimientos suficientes para poder exponer al cliente los peligros que acarrearía la operación. La propia entidad refería que se trataba de un producto de «cobertura del tipo de interés» admitiendo los propios empleados de forma expresa su imposibilidad de explicar el significado de los propios términos «enrevesados» de su denominación. Ciertamente, en su descargo, hablamos de empleados movidos por el afán de alcanzar objetivos de venta impuestos por la propia entidad, pero que lógicamente y en todo caso, mediatizan la referida recomendación del producto en perjuicio del cliente. Por lo que la MiFID II, a diferencia de la MiFID I, incide ahora en estas dos cuestiones. De una parte, en la formación de los profesionales que realicen las actuaciones de comercialización o asesoramiento respecto a los productos y servicios que ofrecen. Quienes tendrán que disponer de conocimientos y competencias necesarias para cumplir sus obligaciones (art. 25.1)<sup>80</sup>. La Directiva delegada de 7 de abril de 2016 apunta que debe asegurarse que el personal pertinente posea los conocimientos técnicos necesarios para comprender las características y los riesgos de los productos que se proponen ofrecer o recomendar y los servicios prestados, así como las necesidades, características y objetivos del mercado destinatario identificado (art. 10.7). Por lo que dicho personal tendrá que reunir unos requisitos de capacitación profesional (cualificación técnica y experiencia mínima), así como realizar formación continua o proceso de recertificación. La CNMV debe concretar cuál va a ser el proceso concreto de certificación a que obliga MiFID II. De otro lado, con el fin de reforzar la protección de los inversores e informar con mayor claridad a los clientes, la Directiva 2014/65/UE restringe adicionalmente la posibilidad de que las empresas perciban o paguen incentivos durante la comercialización de los instrumentos financieros e incluye obligaciones reforzadas de información a los clientes sobre comisiones y gastos. La Directiva delegada de 7 de abril de 2016 apunta que solo deben abonarse o cobrarse honorarios, comisiones o beneficios no monetarios cuando lo justifique la prestación de un servicio adicional o de nivel superior al cliente pertinente.

### 3. ¿QUÉ TIPO DE CLIENTE SWAPS DEMANDA PROTECCIÓN ANTE LOS TRIBUNALES? ALGUNAS CONTROVERSIAS SOBRE LA «EXPERIENCIA INVERSORA»

Según lo anteriormente expuesto, es fácilmente entendible que el cliente no profesional que ha visto frustradas sus expectativas y cuantiosas consiguientes pérdidas patrimoniales asociadas a la operación, encuentre amparo en los Tribunales; pues como se ha visto, dada la extrema complejidad del *swap* y la forma en que se ha comercializado, no se considera un producto para clientes no profesionales. Déficits o asimetría informativa que ha quedado sobradamente

acreditada en la contratación de los *swaps*; tanto en lo referente a su funcionamiento y riesgos, a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como al también elevado coste de cancelación. En todos los casos, la entidad bancaria viene obligada a proporcionar toda la información necesaria para que el cliente, especialmente el no profesional, carente de experiencia inversora, entienda el producto previamente a su contratación. Lo que hará presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo<sup>81</sup>. En consecuencia será el juez, quien analice caso por caso el perfil del cliente, las obligaciones legales de asesoramiento e información y las circunstancias particulares en las que se desarrolló la operación. Y sobre todo que analice, si pese a tener la consideración legal de cliente no profesional o minorista, tiene el perfil de cliente experimentado. Al respecto cabe reseñar que a medida que el Tribunal Supremo sienta doctrina sobre las malas prácticas bancarias, se consolida el éxito de los inversores respecto de las entidades financieras. Los porcentajes de éxito en los *swaps* de particulares son más del 90%, y los de pymes, con cerca del 80%, son significativamente altos<sup>82</sup>.

Pero dicho esto, también cabe someter a consideración si, al igual que se ha desnaturalizado la primitiva concepción original para la que nació el *swaps*, también se ha desnaturalizado la protección que otorga la normativa del mercado de valores, haciéndola extensiva a otros colectivos a los que se le presume experiencia en el mercado financiero; o por lo menos estarían en condiciones de obtenerla, dando cabida de esta forma, a lo que podríamos calificar de «conductas oportunistas». En esta línea hemos comprobado cómo se consolida una nueva tendencia jurisprudencial que protege a sociedades mercantiles y otros profesionales, a los que de inicio, se les presume conocimiento o experiencia inversora. Sobre el particular hay varias sentencias que resultan altamente ilustrativas y que, cuanto menos, de inicio, nos hacen albergar ciertas dudas, que dejamos a consideración ulterior:

a) Si el cliente es una sociedad mercantil ello no supone necesariamente el carácter experto del cliente empresa. El TS pone la mirada en la experiencia inversora de la propia sociedad, unido en ocasiones, a los conocimientos financieros de la persona que es su administrador; independientemente de su formación o cualificación profesional:

— La STS de 19 de mayo de 2016<sup>83</sup> a propósito de un cliente «empresa» señala que «No por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera». La formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el *swap*, no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos.

— Si además, la sociedad mercantil se dedican a ámbitos ajenos al mundo financiero como la hostelería, las pompas fúnebres, la imprenta o la edición de una publicación local, menos aún. La STS, de 29 de marzo de 2016 afirma que por ser empresas no deben descuidarse los deberes de información de las entidades financieras. Reitera que «No basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera».

— Tampoco cuando la sociedad mercantil es la matriz de un importante grupo empresarial (S.A.), cuenta con asesoramiento externo de una sociedad de consultoría y auditoría; y además, en este caso, su administrador es Licenciado en empresariales y experto en marketing; al que a la postre se le realizó el test de idoneidad, del que resultó que el producto era adecuado para su perfil inversor. La STS, 19 de diciembre de 2016<sup>84</sup> anula la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa que se basa, precisamente, en el perfil del administrador, considerando que pudo «comprender el contrato al leerlo, y en que hubo una información previa, aunque somera y rápida»<sup>85</sup>.

— En cambio, cuando consta acreditado que el cliente ha recibido la información suficiente y que ha entendido lo que podría suceder en función de la subida o bajada de los tipos, no puede apreciarse que exista vulneración de las normas legales sobre los deberes de información en la comercialización de los *swaps*, ni que exista error vicio. La más reciente línea jurisprudencial lo corrobora. Así, tratándose de empresa (Correduría de Seguros S.L. Laffite) y habiendo practicado el *test de idoneidad* cuyo resultado es positivo, se entiende que tenía información suficiente. En el resultado del test consta que el cliente tenía un perfil de riesgo equilibrado, podía contratar productos de riesgo medio y que «tenía experiencia en este tipo de productos». Por lo que contaba con información suficiente sobre las características del producto y sus riesgos, cuando contrató el segundo *swap*, que es el único que generó liquidaciones negativas. La STS de 24 de marzo de 2017<sup>86</sup> desestima el recurso de casación. En parecido sentido, y sustentando la desestimación del recurso en que el cliente conocía y entendía el producto adquirido, la STS de 11 de octubre de 2017<sup>87</sup>, viene a ratificar que poco importa que «el cliente fuera una sociedad mercantil que formaba parte de un grupo con unos activos superiores a los dos millones de euros, ni en que el administrador que concertó la operación dirigiera cuatro sociedades». Por lo que, partiendo de la prueba practicada y de las propias manifestaciones en el interrogatorio de parte, considera que no hubo incumplimiento del deber de informar y que el administrador que contrató en representación de la sociedad, estaba enterado de los riesgos del contrato, por lo que no hubo error en el consentimiento. La información facilitada antes de la contratación expresaba las situaciones que se podrían producir en relación con la evolución de los tipos de interés.

b) Si se trata de profesionales relacionados con el mundo del Derecho y la Empresa, ello no presupone conocimientos financieros y experiencia inversora:

— La STS de 12 de febrero de 2016<sup>88</sup>, a propósito de un cliente Licenciado en Económicas, que había trabajado en un despacho de abogados, reitera que: «No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir esta capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos, hecho que solo se presume si dicha actividad o experiencia tiene relación con productos financieros complejos». La Sala revoca la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandante cuya pretensión era la de declarar la nulidad de cinco contratos de *swaps* y confirmó la sentencia de primera instancia. En la demanda, la sociedad demandante, argumenta que el banco no le proporcionó toda la información adecuada sobre el producto y sus riesgos, lo que le indujo a error sobre los productos contratados. Pero para el TS aquellos meros

conocimientos generales no son suficientes, y la experiencia de la compañía en la contratación de *swaps* tampoco.

— Tampoco se estima poseer experiencia inversora, cuando el administrador de la sociedad (SL) ha contratado varios *swaps*. Al respecto la STS de 8 de abril de 2016<sup>89</sup> incide en que dada la sofisticación del producto, no pudo entenderse cumplido el deber de información con una explicación de quince minutos antes de firmar el contrato. «Lo que no puede ser compensado (o llenado el vacío informativo) por el simple hecho de que el mismo administrador de la entidad hubiera contratado otro y otros productos similares para otra sociedad, que también administraba, y presentaba las mismas vicisitudes del que ahora se analiza».

— Cuando el cliente es un notario, tampoco por su profesión puede calificarse de experto inversor. Al respecto cabe reseñar varios supuestos en los que, dichos profesionales, actuando como particulares, no se les presupone experiencia inversora y su error se califica de esencial por falta de información. Por el contrario, en otro caso, el TS sí entiende relevante la formación y cualificación del notario, que en este caso actúa como administrador de la empresa:

1. La SAP de Madrid de 30 de abril de 2012<sup>90</sup> resuelve un *swaps* litigioso vinculado a un préstamo hipotecario, pero no un simple *swap* (*plain vanilla*). En este caso se trata de un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y confirmación de opciones de tipo de interés collar y anexo. El cliente (notario) solicita se declare la anulabilidad y, subsidiariamente, la nulidad parcial del contrato reduciendo su importe al riesgo del préstamo hipotecario suscrito, que ascendía a 232.677,22 euros. En sus pretensiones sostuvo, que la operación ofertada, sobre la que creyó contratar, fue un seguro de tipo de interés para el préstamo hipotecario. Aduce que había leído el contrato y prestado válido consentimiento, pero «eso sí, sobre el riesgo financiero real que tenía con dicho Banco, el préstamo hipotecario, puesto que el riesgo financiero total incorporado al contrato como valor notional<sup>91</sup>, ni estaba en el contrato cuando lo firmó, ni lo consintió en modo alguno. Simplemente fue informado por los empleados del Banco demandado, en los 30 minutos que duró la reunión en que se gestó y firmó la documentación contractual». La entidad demandada se opone alegando, entre otras razones y por lo que aquí interesa, que el actor «es notario y debe comprender el lenguaje empleado y se quedó con el texto del contrato para examinarlo y estudiarlo hasta que se firmó pasados tres días». La sentencia de primera instancia desestima la demanda por entender que el error es inexcusable, para concluir que (.) *no existió la diligencia de un hombre medio para evitar su desconocimiento sobre el alcance y cuantía de los contratos*. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia —que califica al actor «de inversor moderado y conservador»—, discrepa de la sentencia recurrida. Entiende que «la existencia de error esencial y excusable en la formación del consentimiento, provocado por la información incompleta e inexacta de los empleados del Banco sobre el importe notional de referencia de la permuta financiera». A lo que se suma que tampoco se le sometió al test de idoneidad y de conveniencia, exigidos por el RD 217/2008, que ya estaba en vigor. Todo lo cual es determinante de la nulidad parcial del contrato, que es lo que en realidad ha venido sosteniendo el actor desde su primera reclamación extrajudicial tras la comunicación de la liquidación negativa —la anterior había sido neutra—. Para la Audiencia «el actor se encuentra en una situación similar a cualquier ciudadano o consumidor frente al ámbito bancario siendo irrelevante su condición profesional».

2. La SAP de León de 28 de mayo de 2012<sup>92</sup> resuelve otro *swap* litigioso, también con opciones [(cap., fijando un tipo Barrera (Knock in)]. La Audiencia



sostiene que el hecho de que el actor sea notario, no por ello se le puede considerar un profesional experto financiero. «*La clasificación del actor como “inversor dinámico” no se corresponde con una categoría concreta que permita eludir las obligaciones de información*». Tampoco importa que el actor pudiera tener práctica en contratar otros productos financieros. Lo importante es «conocer el riesgo efectivo que se contrae antes de firmar y la corrección por la entidad bancaria de la información ofrecida de forma pre-contractual. Máxime, cuando el producto que se contrataba no es por sí mismo de fácil comprensión y cuando por su contenido y naturaleza era un «contrato de adhesión», redactado de forma unilateral, y entre las partes contratantes no concurría igualdad de condiciones en orden a predecir y valorar la evolución del mercado financiero».

3. La SJPI de Colmenar Viejo (Madrid) de fecha 30 de septiembre de 2015, se pronuncia nuevamente sobre el perfil del cliente (notario) que contrató un Collar, (modalidad de *Swap* con opciones). La entidad demandada alega que «resulta inverosímil que este no comprendiese el contenido de un documento contractual que (...) contaba con solo 6 páginas y que incorporaba advertencias claras sobre todos los posibles riesgos de la operación». La Sentencia señala al respecto que «los notarios gozan de una cualificación técnico-jurídica alta, pero esto, no significa que ostenten la condición de expertos financieros».

4. Por último, cabe citar la STS de 15 de febrero de 2017<sup>93</sup>. En este caso el cliente es una sociedad mercantil y su administrador un notario. Al respecto el TS entiende que «la cualificación profesional del administrador supone que esté especialmente preparado para la comprensión de contratos bancarios»; además, por estar habituado a tratar profesionalmente con entidades bancarias. Según consta en los autos, en el interrogatorio de parte se puso de manifiesto que conocía el riesgo contractual. El Supremo confirma la tesis de la SAP de Guipúzcoa, de 7 de octubre de 2013 y señala que «aunque la entidad de servicios de inversión no cumpla sus deberes legales de información, si el cliente conoce y comprende los riesgos del producto, no hay error en el consentimiento».

Esta nueva línea jurisprudencial minimiza o resta importancia al perfil del cliente, y pone el acento en el incumplimiento de los deberes legales de información y normas de conducta, principalmente en la ocultación de los riesgos económicos asociados a la operación. Puede colegirse de los supuestos intencionadamente reseñados que el cliente no profesional de productos financieros complejos es vulnerable, no solo por definición, sino como ha quedado expuesto con propia justificación. Pero también pueden llegar a ser vulnerables otros profesionales a los que se les presumen (idea preconcebida) conocimientos expertos; o que podrían estar en condiciones de adquirirlos, bien por sí mismos a través de su entidad o bien solicitando asesoramiento externo. Pero como certeramente apunta la STS de 31 de marzo de 2017 «sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional»<sup>94</sup>. Y para más inri, dichos profesionales, en ocasiones, ni pudieron explicar el significado de los términos «enrevesados» del producto, ni tenían conocimientos precisos para dar la importancia debida al riesgo que asumía el cliente.

#### 4. *EXCURSUS* SOBRE LOS REMEDIOS POSIBLES

Llegados a este punto, resulta fácilmente entendible que el cliente no profesional carente de experiencia inversora, al que podemos identificar en la figura

teórica del «consumidor financiero medio», encuentre amparo en los Tribunales. Como ha quedado expuesto, la mecánica del funcionamiento del *swaps* hipotecario hacía prácticamente imposible tener conciencia de que se contrató un derivado financiero muy complejo y de elevado riesgo, que acarrearía importantes pérdidas patrimoniales asociadas a la operación ¿Y los remedios posibles? Al respecto cabe reseñar que la MiFID no contempla las consecuencias contractuales de orden jurídico-privado, ante la inobservancia de dichas los deberes legales y normas de conducta. Por lo que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecerlas<sup>95</sup>. Tal vez sería necesario regular un marco común al respecto en el Derecho de la Unión. Pero de momento, la mayoría de las demandas interpuestas en nuestros Tribunales basan su pretensión acudiendo a los viejos remedios del Código Civil —como en un hospital de campaña—<sup>96</sup>; pues la violación de tales deberes por parte del banco en la colocación de *swaps* hipotecarios integran el régimen jurídico del contrato. Lo que justificaría el ejercicio de distintas acciones como pretensión principal y subsidiaria o alternativa: 1.º La *acción de nulidad absoluta* de los *swaps*, por inexistencia del consentimiento prestado o bien por vulneración de la normativa imperativa aplicable al caso, conforme al artículo 6.3 del Código Civil<sup>97</sup>. 2.º La *acción de anulabilidad* por el error vicio (art. 1266 del Código Civil, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y sigs. del Código Civil) que el TS sigue consolidando como casi única. Ello en base a que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada y se ocultaron los riesgos. Y este error es esencial, pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. Consentimiento viciado por error, en algunos casos calificado de «*error heteroinducido*»<sup>98</sup> provocado por la entidad. 3.º Por último, parece abrirse paso en la doctrina<sup>99</sup> y en la jurisprudencia menor —siquiera tímidamente—<sup>100</sup> la posibilidad de ejercitar las acciones resolutoria (art. 1124 del Código Civil) y resarcitoria de daños y perjuicios (arts. 1101 del Código Civil) por la negligencia en el cumplimiento de los deberes de información; que sería útil particularmente, cuando haya vencido el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de anulabilidad (4 años); frente al plazo de prescripción del artículo 1964 del Código Civil más generoso aplicable a la acción de indemnización de daños y perjuicios (originalmente 15 años, hoy 5). No obstante, en mi opinión, difícilmente prosperará la acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del artículo 1124 del Código Civil, pues el denunciado déficit informativo en fase precontractual, afecta al proceso de formación de la voluntad, que es lo que faculta, con propia justificación, el ejercicio de la anulabilidad del contrato, como hemos ido desvelando en líneas anteriores; y la resolución opera en una fase ulterior (ex-post), cuando hay incumplimiento de una obligación contractual.

## V. CONCLUSIONES REFLEXIVAS

La perspectiva de la distancia pone de manifiesto que el *swaps* de tipo de interés asociado al préstamo hipotecario fue diseñado artificioosamente para cubrir el propio riesgo de la entidad y no la del cliente, produciéndose un grave conflicto de intereses.

Productos de difícil comprensión en manos de clientes no profesionales, que de inicio incluyen una terminología o nomenclatura «confusa o extravagante» y un contenido farragoso con estipulaciones «ambiguas», tras lo que se esconde su verdadera naturaleza y funcionamiento; a lo que se suma la ocultación de ries-

gos económicos asociados a la operación, al trasladar al cliente los riesgos de la abrupta bajada de los intereses; y recomendado su contratación como producto innovador de cobertura de tipos de interés. Como ha quedado expuesto, lejos de ser un instrumento idóneo de cobertura frente a las posibles subidas del tipo de interés y aminorar los riesgos, los prestatarios afectados vieron incrementado desproporcionadamente el coste de la amortización. De hecho han sido cuantiosas las pérdidas patrimoniales que han afectado a la economía de muchas familias y a la viabilidad económica de numerosas empresas, principalmente pymes. Consecuencias que podrían haberse evitado si se hubiese aplicado el marco legal (pre-MiFID y post-MiFID) correctamente, especialmente en lo relativo a la buena fe y lealtad que debe presidir el comportamiento precontractual, contractual y post-contractual. Por lo que las perspectivas de futuro apuntan en la necesidad de controlar *ex ante* cualquier tipo de conducta de asimetría de la información o prácticas desleales en la comercialización de este tipo de productos complejos y de riesgo. Así, la norma nacional de transposición en aplicación de la MiFID II<sup>101</sup>, y el Reglamento que la acompaña (MIFIR), tiene como objetivo asegurar unos elevados niveles de protección de los inversores en productos financieros, especialmente de los inversores minoristas, tal y como recoge la Consulta pública hecha sobre el Anteproyecto de Ley de transposición de la normativa MiFID II<sup>102</sup>. Sus objetivos parten de introducir mejoras en el funcionamiento de los mercados financieros, haciéndolos más eficientes y transparentes; precisamente, con el fin de «mejorar la protección de los inversores, reforzar la confianza, abordar los ámbitos no regulados y garantizar que se den a los supervisores las competencias necesarias para desarrollar sus cometidos.

Ese control *ex ante* exige a las empresas de servicios de inversión, que identifiquen con claridad el grupo de clientes a los que va dirigido el producto financiero, el nivel de riesgo y la estrategia de comercialización, para ser adecuado al perfil del cliente/inversor. El MIFIR establece a su vez requisitos rigurosos respecto a la información dirigida a los clientes o posibles clientes, incluyendo la publicidad, para garantizar que sea «imparcial, clara y no engañosa». En la misma línea, recientemente, la CNMV ha anunciado el compromiso de adoptar las Directrices de la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA)<sup>103</sup>, que inciden en las mismas previsiones, recalcando que resultan especialmente importante para los productos complejos o con riesgo, para los productos innovadores y en aquellas situaciones en las que podría haber conflictos de interés significativos. En definitiva, el nuevo marco normativo traerá consigo modificaciones sustanciales en el régimen de los instrumentos financieros o la nueva regulación sobre centros de negociación. Se pone el acento en que se identifique con claridad los clientes a los que se dirige el producto financiero, en extremar los deberes de información y promover la educación financiera. Por lo que se entiende, evitará la incorrecta comercialización de productos financieros complejos a clientes no profesionales o minoristas, incluso a los que se les presupone experiencia inversora, pero sin capacidad de entender su funcionamiento, ni sus riesgos, ni afrontar sus posibles pérdidas, tal y como se ha evidenciado ha ocurrido con los *swaps*.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A., ¿Saben nuestros tribunales lo que es un instrumento financiero complejo? No lo saben. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 4/2016. (BIB 2016, 21128).

- El consumidor como inversor de alto riesgo: la impugnación por vicios del consentimiento de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y *swaps*, una opción solo al alcance de algunos, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8/2013.
- BAZ BARRIOS, S., La problemática de los *swaps* o contratos de permuta financiera. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 8/2013.
- BELINCHÓN ROMO, M.<sup>a</sup> R., El contrato de gestión de riesgos financieros. Análisis jurisprudencial de los «*swaps*». *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa* (coord. por Matilde Cuena Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Doménech), 2013.
- CARRASCO PERERA, A. y LYCZKOWSKA, K., Las participaciones preferentes son productos complejos, pero eso nada importa, *CESCO*, 2 de septiembre de 2013.
- DE CASTRO, F. *El negocio jurídico*. Madrid, 1967.
- DÍAZ RUIZ, E. e IGLESIAS RODRÍGUEZ, J., A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (*swaps*). Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm. 20/2011 (sección 1.<sup>a</sup>), de 18 de enero de 2011, *Uría Menéndez*.
- LAMOTHE FERNÁNDEZ, P., PÉREZ SOMALO, M. y PÉREZ GUERRA, M., Mala *praxis* en la actividad bancaria y los mercados financieros: conflictos de interés y abuso de mercado, *Revista de Responsabilidad social de la empresa*, núm. 14, 2013, 119-142.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.<sup>a</sup>, *Swaps*: entre la cobertura de riesgos y la especulación. *Sepin*, octubre de 2012.
- MARÍN NARROS, H. D. Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los *swaps*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 1477-1531.
- MAVILA HINOJOZA, D. y LUYO QUIROZ, A., Permuta Financiera: *Swap*. *Revista de la Facultad de Ingeniería Industrial*. 13(1): 40-44 (2010) UNMSM.
- MERCADAL VIDL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G., La comercialización de *swaps* de tipos de interés como parte de productos financieros. *Diario La Ley*, núm. 8129, 2013.
- MORALES MORENO, A. M., Permuta financiera de interés (*swap*), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012. *Revista de Derecho Mercantil* núm. 289, 2013. 407-442.
- MUÑIZ ESPADA, Esther. «Adquisición de productos financieros y los riesgos de asimetría en la información», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 3021-3062.
- PÉREZ-VALLEJO, Ana M.<sup>a</sup>, Consumidores vulnerables (inversores de edad avanzada): el rostro más duro de las participaciones preferentes. En *Nuevas Perspectivas del Tratamiento Jurídico de la Discapacidad y la Dependencia* (Dir. M.<sup>a</sup> C. García Garnica. Coord. R. Rojo Álvarez-Manzaneda). Ed. Dykinson. Madrid, 2014, 341-373.
- REDONDO TRIGO, F., *Swap* y *synalagma*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738.
- RUIZ OJEDA, A, *Caveat vendor*, o el volteo regulatorio de la asignación de riesgos en las transacciones financieras por la normativa MiFID. *Indret* 2/2017.
- SENÉS MOTILLA, C., Tratamiento concursal del *Swap* de tipos de interés. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 41, 2017 11-28.
- STEWART, James B. and EAVIS Peter. Revisiting the Lehman Brothers Bailout That Never Was. *The New York Times*. Sept. 29 (2014). Recurso en línea:

[https://www.nytimes.com/2014/09/30/business/revisiting-the-lehman-brothers-bailout-that-never-was.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2014/09/30/business/revisiting-the-lehman-brothers-bailout-that-never-was.html?_r=0)

- VEGA VEGA, J. A., Naturaleza jurídica de la permuta financiera («Swap»). *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Núm. 1, 2017, 89-125.
- *El contrato de permuta comercial* (BARTER). Ed. Reus, Madrid, 2011.
- VICENT CHULIÀ, F., Cuestiones abiertas en la contratación bancaria. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Contratos bancarios núm. 20 (2003), 15-55.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, F., La nueva Ley bancaria confirma que a los *swaps* se les aplica la Ley del Mercado de Valores, *Revista de Derecho del Mercado Financiero* (diciembre de 2013).
- Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos. *Revista de Derecho del Mercado Financiero*. (noviembre de 2013), 1-11.
- La responsabilidad contractual como vía prioritaria de reparar al inversor. *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, julio de 2016, 1-3.
- Aproximación a la responsabilidad contractual de los prestadores de los servicios de inversión. *Revista de Derecho bancario y bursátil* núm. 141. Año XXXV, enero-marzo, 2016, 125 y sigs.
- AA.VV. *Nuevos Modelos de Negocio en el Asesoramiento Financiero tras las modificaciones regulatorias de MiFID II*. (Coord. Sergio Miguez) IEB, 2016.

## VII. OTRAS FUENTES CONSULTADAS

- Informe del Defensor del Pueblo «Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo» (2012). <http://www.clinicajuridicainmobiliaria.org/wp-content/uploads/2012/04/Informe-defensor-del-pueblo-deudores-hipotecarios.pdf>
- Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Mercados de Valores y de los Instrumentos Financieros. Economía, Industria y Competitividad. Viernes 1 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/011217-enlacevalores.aspx>
- Líneas Estratégicas de la CNMV 2017-2018. Plan de actividades 2017. Disponible en: [https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/PlanActividad/Plan\\_Actividades\\_2017.pdf](https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/PlanActividad/Plan_Actividades_2017.pdf)
- Observatorio de la jurisprudencia de productos financieros complejos. AÑO 2015 Jausas Legal y Tributario, Disponible en: [http://www.economistjurist.es/wp-content/uploads/sites/2/2016/09/Observatorio-de-la-jurisprudencia-de-productos-financieros-complejos-2015\\_JAUSAS.pdf](http://www.economistjurist.es/wp-content/uploads/sites/2/2016/09/Observatorio-de-la-jurisprudencia-de-productos-financieros-complejos-2015_JAUSAS.pdf)
- Guidelines on MiFID II product governance requirements, publicada el 2 de junio de 2017
- «Comunicación de la CNMV sobre la primera actuación de supervisión utilizando la herramienta de «mystery shopping». Madrid, 22 de febrero de 2017. Disponible en: <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2017/02/resultados-mystery-shopping.pdf>

## VIII. JURISPRUDENCIA

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL Y OTRAS

- STJUE (Sala Cuarta), de 30 de mayo de 2013

- SAN (Sala de lo Contencioso) de 15 de julio de 2013
- STS de 10 de noviembre de 2015
- STS de 13 de noviembre de 2015
- STS de 29 de diciembre de 2015
- STS de 4 de diciembre de 2015
- STS de 4 de febrero de 2016
- STS de 12 febrero de 2016
- STS de 25 de febrero de 2016
- STS de 11 de marzo de 2016
- STS de 29 de marzo de 2016
- STS de 8 de abril de 2016
- STS de 22 de abril de 2016
- STS de 19 de mayo de 2016
- STS de 17 de junio de 2016
- STS de 14 de julio de 2016
- STS de 1 de julio de 2016
- STS de 20 de julio 2016
- STS de 21 de julio de 2016
- STS de 30 de septiembre de 2016
- STS de 5 de octubre de 2016
- STS de 14 de noviembre de 2016
- STS de 24 de noviembre de 2016
- STS de 19 de diciembre de 2016
- STS de 13 de enero de 2017
- STS de 18 de enero de 2017
- SAS de 15 de febrero de 2017
- STS de 24 de marzo de 2017
- STS de 31 de marzo de 2017
- STS de 11 de octubre de 2017

#### SENTENCIAS DE JPI Y AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2008)
- SAP Ciudad Real de 18 de junio de 2009
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona de 1 de diciembre de 2009
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de las Palmas de Gran Canaria de 9 de mayo de 2011
- SAP Sevilla de 18 de julio de 2012
- SAP de Madrid de 30 de abril de 2012
- SAP de Barcelona de 16 de octubre de 2013
- SJPI núm. 2 Sabadell de 20 de junio de 2016
- SAP de Madrid de 10 de febrero de 2003 (AC 2003, 1147)
- SJPI de Colmenar Viejo (Madrid) de 30 de septiembre de 2015
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 Sabadell, de 20 de junio de 2016
- SAP Ciudad Real de 18 de junio de 2009
- SAP de León de 28 de mayo de 2012
- SAP de Madrid de 30 de abril de 2012

- SAP de Valencia de 11 de febrero de 2016
- SAP Madrid de 19 de junio de 2017
- SAP de Madrid, de 12 de julio 2017
- SAP de Pontevedra de 11 de octubre de 2017
- SAP de Madrid de 21 de septiembre de 2017

## NOTAS

<sup>1</sup> Este trabajo se desarrolla en el marco del Grupo de investigación SEJ-235 «Transversalidad e interdisciplinariedad del Derecho civil» (TIDEC). Grupo adscrito al CEIA3. Responsable: Pérez Vallejo, Ana M.<sup>a</sup>.

<sup>2</sup> Sobre el particular véase la SAP de Madrid de 10 de febrero de 2003 (AC 2003, 1147).

<sup>3</sup> De marco normativo confuso e incoherente que está creando una gran inseguridad jurídica habla FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A. en Repensar la protección del inversor: bases para un nuevo régimen de la contratación mobiliaria, *Diario La Ley*, núm. 8549, Sección Doctrina, 28 de mayo de 2015, Ref. D-212, Editorial LA LEY. Y de complicada RUIZ OJEDA, A. en *Caveat vendor*, o el volteo regulatorio de la asignación de riesgos en las transacciones financieras por la normativa MiFID. *Indret* 2/2017, 28.

<sup>4</sup> *Vid.* Exposición de Motivos de la Directiva 2004/39/CE.

<sup>5</sup> La norma ya ha pasado los trámites de consulta y de audiencia pública, en el que se recibieron 50 documentos con más de 450 observaciones, de 38 personas o entidades. Ahora será enviada al Consejo de Estado para recibir dictamen, volverá al Consejo de Ministros y será remitida al Parlamento para su aprobación y entrada en vigor en el plazo más breve posible. *Vid. Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Mercados de Valores y de los Instrumentos Financieros*. Economía, Industria y Competitividad. Viernes 1 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodem Ministros/Paginas/enlaces/011217-enlacevalores.aspx> (último acceso 1 de diciembre de 2017).

<sup>6</sup> La nueva regulación MiFID II sustituye a la ya mencionada MiFID I, que se compone de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE; y del Reglamento (UE) núm. 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014 (MIFIR) relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012.

<sup>7</sup> Véase al respecto el Reglamento (UE) 2016/1033 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de junio de 2016 por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 600/2014 relativo a los mercados de instrumentos financieros, el Reglamento (UE) núm. 596/2014 sobre el abuso de mercado, y el Reglamento (UE) núm. 909/2014 sobre la mejora de la liquidación de valores en la Unión Europea y los depositarios centrales de valores DOUE 30.06.2016 L. 175/1.

<sup>8</sup> Así se dice que «(...) se promueve el desarrollo y difusión de nuevos productos de aseguramiento de los riesgos de tipo de interés».

<sup>9</sup> *Vid.* BAZ BARRIOS, Sergio. La problemática de los *swaps* o contratos de permuta financiera. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 8/2013, 475.

<sup>10</sup> *Vid.* STS de 9 y 10 de diciembre de 2015 y STS núm. 509/2016 de 20 de julio (RJ 2016, 2974). Ponente Sr. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>11</sup> La Ley 47/2007, de 19 de noviembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE. Las dos primeras, junto con el Reglamento (CE) 1287/2006, de directa aplicación desde su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2007, constituyen lo que se conoce como normativa «MiFID» (acrónimo de la Directiva de los Mercados de Instrumentos Financieros, en inglés Markets in Financial Instruments Directive), que creó un marco jurídico único armonizado en toda la Unión Europea para los mercados de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión.

<sup>12</sup> Vid. RD Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores.

<sup>13</sup> La no complejidad de los instrumentos financieros según el hoy derogado artículo 79 bis, 8 están contenidas en el artículo 217 del TRLMV: a) que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor; b) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento; c) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

<sup>14</sup> BOE núm. 265 - 5 de noviembre de 2015 y con entrada en vigor: 5 de febrero de 2016.

<sup>15</sup> Vid. CARRASCO PERERA, A. y LYCZKOWSKA, K. Las participaciones preferentes son «productos complejos, pero eso nada importa», *Revista CESCO, de Derecho de Consumo*, 2 de septiembre de 2013. <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/39.pdf> (último acceso 8 de junio de 2017).

<sup>16</sup> Un instrumento derivado (o un derivado) es un instrumento financiero u otro contrato dentro del alcance de la norma que cumpla las tres características siguientes: a) su valor cambia en respuesta a los cambios en un determinado tipo de interés, en el precio de un instrumento financiero, en el precio de materias primas cotizadas, en el tipo de cambio, en el índice de precios o de tipos de interés, en una calificación o índice de carácter crediticio, o en función de otra variable, suponiendo, en caso de que sea una variable no financiera, que no es específica para una de las partes del contrato (a menudo denominada subyacente); b) no requiere una inversión inicial neta, o bien obliga a realizar una inversión inferior a la que se requeriría para otros tipos de contratos, en los que se podría esperar una respuesta similar ante cambios en las condiciones de mercado, y c) se liquidará en una fecha futura (...). (Vid. sentencia del Juzgado de lo Mercantil de las Palmas de Gran Canaria de 9 de mayo de 2011 (AC 2011, 536).

<sup>17</sup> Para poder acceder al producto (futuros y opciones) en el MEFF los inversores deben contratar los servicios de un intermediario financiero.

<sup>18</sup> Objetivos que la propia CNMV justifica al señalar que «La progresiva complejidad de los mercados, de las relaciones financieras entre los individuos y las empresas y de los propios productos y servicios financieros, han puesto de manifiesto una creciente necesidad de prestar atención a la educación financiera de los consumidores, actuales o potenciales, de estos productos y servicios para contribuir a que puedan tomar sus decisiones de manera formada y responsable. Vid. *Líneas Estratégicas de la CNMV 2017-2018. Plan de actividades 2017*, 15 y 18. Disponible en : [https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/PlanActividad/Plan\\_Actividades\\_2017.pdf](https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/PlanActividad/Plan_Actividades_2017.pdf) (Último acceso 20 de abril de 2017).

<sup>19</sup> Véase la «Comunicación de la CNMV sobre la primera actuación de supervisión utilizando la herramienta de “mystery shopping”». Madrid, 22 de febrero de 2017. Recurso en línea <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2017/02/resultados-mystery-shopping.pdf>

<sup>20</sup> Dejamos de lado la vieja distinción entre negocio nominado o innominados que como señalara DE CASTRO ha sido desplazada por negocios típicos o atípicos. Vid. DE CASTRO, F. *El negocio jurídico*. Madrid, 1967, 202.

<sup>21</sup> Sobre la errónea y frecuente identificación que hacen jueces y tribunales de la complejidad de los productos financieros con su carácter arriesgado, se pronuncia AGÜERO ORTIZ, A. ¿Saben nuestros tribunales lo que es un instrumento financiero complejo? No lo saben. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 4/2016. (BIB 2016, 21128). Para algunos autores el swaps no es un producto de «alto riesgo» en la medida que las eventuales liquidaciones negativas que puede generar el swap en el caso de que el tipo variable recibido sea inferior al tipo fijo se compensan económicamente con un ahorro en la financiación referenciada a ese mismo tipo variable, cuyo coste también se reduce. Vid. DÍAZ RUÍZ, Emilio e IGLESIAS RODRÍGUEZ, Julio. A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (swaps). Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava núm. 20/2011 (sección 1.ª), de 18 de enero de 2011. *Actualidad Uría Menéndez*, 13. Recurso en línea: <http://>



www.uria.com/documentos/publicaciones/3255/documento/um\_art3255.pdf?id=3509 (Último acceso 27 de abril de 2017).

<sup>22</sup> La permuta financiera de tipos de interés se define por Asociación Española de la Banca Privada (CMOF, 2009) como «aquella operación por la cual las partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordado».

<sup>23</sup> Vid. sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2008.

<sup>24</sup> Vid. SAP de Barcelona núm. 554/2013 de 16 de octubre.

<sup>25</sup> Pues no se configura como una suma de causas y prestaciones pertenecientes a otros contratos preexistentes, sino que la diversidad de prestaciones y su función económico-social se funde y sintetizan en un nuevo tipo contractual. Vid. VEGA VEGA, José A. *El contrato de permuta comercial* (BARTER). Ed. Reus, Madrid, 2011, 85, 101-102 y 120.

<sup>26</sup> La principal función práctica y social del *swap* no se fundamenta en la intención de intercambiar cosas, ni siquiera dinero, sino que este negocio jurídico, típico en el ámbito empresarial, intenta obtener unas condiciones financieras más favorables basadas en el arbitraje entre mercados o reestructuraciones de deudas. Vid. VEGA VEGA, José A., *Naturaleza jurídica de la permuta financiera («Swap»)*. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Núm. 1, 2017, 89.

<sup>27</sup> La sentencia del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona de 1 de diciembre de 2009 (Incidente concursal núm. 381/09) dice que «La obligación bilateral nace en el momento en que se firma el contrato y su determinación posterior depende de un suceso futuro e incierto, de un riesgo de manera que la liquidación puede variar a favor de una u otra parte, surgiendo una única obligación de pago para una de las partes».

<sup>28</sup> Para REDONDO TRIGO, F. el carácter recíproco de las prestaciones debidas, en modo alguno desaparece o resulta desvirtuado como consecuencia del establecimiento en el contrato de un acuerdo de compensación contractual, usual en sede de permutas financieras, donde las partes, aun cuando están obligadas recíprocamente a realizarse pagos mutuos, convienen que la liquidación de dichas obligaciones se efectúe mediante un «pago por diferencias», operando el instituto jurídico de la compensación en el importe concurrente de las obligaciones recíprocamente debidas». En «*Swap y synalagma*» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, 2788. Para SENÉS MOTILLA, C. la cuestión de si el *swap* genera obligaciones recíprocas no es baladí, dado el singular régimen jurídico de estas obligaciones. En el ámbito sustantivo, de la reciprocidad depende que una parte contratante pueda invocar con éxito la *exceptio non adimpleti contractus* frente a la reclamación de cumplimiento de la otra parte que ha incumplido la propia; que pueda ejercer la facultad resolutoria del contrato (art. 1124 del Código Civil), así como quedar liberada de incurrir en mora si no cumple lo que le incumbe (art. 1100 del Código Civil). En «*Tratamiento concursal del Swap de tipos de interés*». *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 41, 2017, 11 y sigs.

<sup>29</sup> Para REDONDO TRIGO es difícil caracterizar al *swap* como un auténtico contrato aleatorio, siendo más bien un contrato conmutativo donde existe aleatoriedad en cuanto a la determinación concreta de la prestación. En «*Swap y synalagma*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, 2782.

<sup>30</sup> Vid. BELINCHÓN ROMO, M.ª Raquel. El contrato de gestión de riesgos financieros. Análisis jurisprudencial de los «*swaps*». *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa* (coord. por Matilde Cuena Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Doménech), 2013, 332.

<sup>31</sup> En este sentido se apunta que puede resultar extraño que este tipo de contratos, sin pago de prima, con liquidaciones periódicas entre ambas partes, pueda confundirse con un seguro. Vid. MARÍN NARROS, H. D. Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los *swaps*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 1494.

<sup>32</sup> Así lo califica la SAP Ciudad Real de 18 de junio de 2009.

<sup>33</sup> Vid. STS de 19 de mayo de 2016 Roj: STS 2263/2016 Id Cendoj: 28079110012016100326 Ponente: Rafael SARAZA JIMENA.

<sup>34</sup> Vid. STS n.º 727/2016 de 19 de diciembre. Núm. de recurso 1999/2013. Ponente: Pedro J. VELA TORRES.

<sup>35</sup> Esto es, «simple vainilla», por comparación con el tipo de helado más sencillo de producir comercialmente. *Vid.* MAVILA HINOJOZA, D. y LUYO QUIROZ, A. Permuta Financiera: *Swap*. *Revista de la Facultad de Ingeniería Industrial*. 13 (1): 40-44 (2010) UNMSM, 41.

<sup>36</sup> *Vid.* LÓPEZ JIMÉNEZ, José M., *Swaps*: entre la cobertura de riesgos y la especulación. *Spin*, octubre 2012, 5.

<sup>37</sup> Sobre las ventajas y desventajas de estas opciones (Cap, floor, collar) véase BAZ BARRIOS, Sergio. «La problemática de los *swaps* o contratos de permuta financiera». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. N.º 8/2013, 459 y sigs.

<sup>38</sup> *Vid.* sentencia 139/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 Sabadell, de 20 de junio de 2016, Rec. 311/2015, 20 de junio de 2016. Ponente: Hueso Clemente, Marta. *Diario La Ley*, núm. 8881, Sección La Sentencia del día, 14 de diciembre de 2016.

<sup>39</sup> *Vid.* LAMOTHE FERNÁNDEZ, P., PÉREZ SOMALO, M. y PÉREZ GUERRA, M. Mala *praxis* en la actividad bancaria y los mercados financieros: conflictos de interés y abuso de mercado. *Revista de Responsabilidad social de la empresa*, núm. 14, 2013, 122.

<sup>40</sup> *Vid.* Defensor del Pueblo «Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo» (2012), 52. En este Informe se apunta que «En todo caso, hubiese sido menos gravoso para los reclamantes haber contratado un préstamo con un tipo de interés fijo, que en ese caso, tendrían muy claro el riesgo que asumían, desconociéndolo en el caso de estos productos que les han ofertado, sin conocer la operativa real y compleja de estos productos por falta de información en algunos casos».

<sup>41</sup> *Vid.* MUÑIZ ESPADA, Esther. Adquisición de productos financieros y los riesgos de asimetría en la información. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 3032 y 3033.

<sup>42</sup> *Vid.* STS núm. 268/2016 de 22 de abril. En este caso se trata de dos *swaps* complementados con los correspondientes cap/floor). El TS entiende que el conflicto de interés está inserto en las características propias del producto contratado y los concretos riesgos asumidos con su contratación, respecto de los que el artículo 79bis LMV impone a la empresa prestadora del servicio financiero el deber de informar de manera imparcial, clara y no engañosa.

<sup>43</sup> *Vid.* entre otras las SSTS núm. 668/2015, de 4 de diciembre, la núm. 31/2016, de 4 de febrero, la núm. 154/2016, de 11 de marzo; y la sentencia núm. 577/2016 de 30 de septiembre de 2016.

<sup>44</sup> *Vid.* STS 8 de abril de 2016 Roj: STS 1644/2016. Id Cendoj: 28079110012016100242 Ponente: Pedro J. VELA TORRES.

<sup>45</sup> El Tesoro y la Reserva Federal permitieron la caída del banco, aunque posteriormente salvaron a otras entidades. «Nadie rescató a Lehman. En cambio, se permitió que la firma se derrumbara de la noche a la mañana, una decisión que, en una fría visión retrospectiva, dejó que los problemas en un banco se convirtieran en un verdadero pánico. Cuando terminó, casi todos los otros grandes bancos tuvieron que ser salvados». *Vid.* The New York Times. «Revisiting the Lehman Brothers Bailout That Never Was», JAMES B. STEWART and PETER EAVIS. Sept. 29 (2014) Recurso en línea: [https://www.nytimes.com/2014/09/30/business/revisiting-the-lehman-brothers-bailout-that-never-was.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2014/09/30/business/revisiting-the-lehman-brothers-bailout-that-never-was.html?_r=0) (Último acceso 30 de junio de 2017).

<sup>46</sup> *Vid.* STS de 13 de enero de 2017. Núm. de recurso 2001/2013. Roj: STS 32/2017. Id Cendoj: 28079110012017100015. Ponente: Rafael SARAZA JIMENA.

<sup>47</sup> *Vid.* STS, Sala Primera, de lo Civil, 510/2016, de 20 de julio Referencia: SP/SENT/863638 Recurso 909/2013. Ponente: Pedro J. VELA TORRES.

<sup>48</sup> *Vid.* STS de 30 de septiembre de 2016, núm. 577/2016.

<sup>49</sup> *Vid.* FJ 2.º de la STS de 18 de enero de 2017 Núm. de recurso 2048/2013. Roj: STS 120/2017. Id Cendoj: 28079110012017100028. Ponente: Ignacio SANCHO GARGALLO.

<sup>50</sup> El artículo 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes: «1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación

y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata».

<sup>51</sup> *Vid.* STS núm. 669 de 14 de noviembre de 2016, y STS núm. 694 de 24 de noviembre de 2016.

<sup>52</sup> La Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, también conocida como MiFID I, (acrónimo de Markets in Financial Instruments Directive) supuso una verdadera revolución en la concepción de un mercado de valores armonizado europeo. También se incorporó la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

<sup>53</sup> El artículo 64 del RD 2017/2008, especifica que la entidad financiera debía «proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional». Y aclara que esa descripción debía «incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas».

<sup>54</sup> *Vid.* STS de 5 de octubre de 2016 STS núm. 595/2016. Núm. de recurso 540/2013. Ponente Pedro J. VELA SÁNCHEZ. (FJ4.º ap. 4)

<sup>55</sup> Los artículos 72 a 74 vienen a referirse a que las entidades que presten servicios de inversión deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

<sup>56</sup> *Vid.* STS núm. 235 de 8 de abril de 2016. Núm. de recurso 3264/2012. Ponente: VELA TORRES.

<sup>57</sup> El artículo 79 quáter de la LMV, antes de su modificación por la Ley 10/2014, de 26 de julio, bajo la rúbrica «Excepciones a las obligaciones de información y registro», recogía una excepción a determinadas obligaciones de información. Así dispone que «lo dispuesto en los dos artículos anteriores no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito (...).

<sup>58</sup> Así, Ley 35/2003, el Real Decreto 1309/2005, el Real Decreto 1282/2010, el artículo 1 e) de la Orden Ministerial de 10 de junio de 1997, la Orden EHA/888/2008 y la Circular 6/2010, de la CNMV. En la misma línea de protección cabe citar el RD Ley 2/2012, de 3 de febrero de saneamiento del sector financiero, y el RD Ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, que ya puso de relieve el alto nivel de riesgo y complejidad de algunos instrumentos financieros. A tal efecto propone medidas de refuerzo en la protección del inversor, con la idea de dar respuestas decididas en relación con la comercialización de los instrumentos híbridos y otros productos complejos para el cliente minorista. Su finalidad, evitar que se reproduzcan prácticas irregulares ocurridas durante los últimos años. Más recientemente, la Ley 24/1988 se vio modificada por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial y la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

<sup>59</sup> La STJUE (Sala Cuarta), de 30 de mayo de 2013, «Genil 48, S.L.» y «Comercial Hostelera de Grandes Vinos, S.L.», contra «Bankinter, S.A.» y «BBVA, S.A.», declara que el artículo 19, ap. 9, de la Directiva 2004/39/CE, debe interpretarse en el sentido de que, por

una parte, un servicio de inversión solo se ofrece como parte de un producto financiero cuando forma parte intrínseca de este, en el momento en que dicho producto financiero se ofrece al cliente; y por otra parte, que lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto, debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas. El art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores traspuso casi literalmente lo que establece el artículo 19.9 de la Directiva MiFID relativo a las excepciones de la obligación de información.

<sup>60</sup> Un completo recorrido sobre dicha controversia puede consultarse en ZUNZUNEGUI, F. La nueva Ley bancaria confirma que a los *swaps* se les aplica la Ley del Mercado de Valores, *Revista de Derecho del Mercado Financiero* (diciembre 2013) pp.1-3. Véase también el comentario a dicha sentencia en MERCADAL VIDL, F. y HERNÁNDEZ PAULSEN, G. La comercialización de *swaps* de tipos de interés como parte de productos financieros. *Diario La Ley*, núm. 8129, 2013.

<sup>61</sup> Dice la sentencia que «la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente» (apartado 53) y del artículo 4.4 Directiva 2004/39/CE que define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como «la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de este o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros»; aclarada por el artículo 52 Directiva 2006/73/CE, “[s]e entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)».

<sup>62</sup> *Vid.* sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2013 [Sala de lo Contencioso. (Roj: SAN 3163/2013). Ponente: Jose F. MÉNDEZ CANSECO].

<sup>63</sup> El artículo 79 quáter de la LMV, bajo la nueva rúbrica «Servicios de inversión como parte de un producto financiero», señala que: «Las obligaciones de información y registro contempladas en los artículos 79 bis y 79 ter anteriores serán de aplicación a los servicios de inversión que se ofrezcan como parte de otros productos financieros, sin perjuicio de la aplicación a estos últimos de su normativa específica, especialmente aquella relacionada con la valoración de los riesgos y los requisitos de información a suministrar a los clientes».

<sup>64</sup> Así la propia Exposición de Motivos (Ap. III) señala que «de este modo, con el fin de elevar al máximo la protección a los inversores y garantizar la seguridad jurídica y la homogeneidad en la normativa de transparencia aplicable a la comercialización de servicios de inversión, se anticipa en España la extensión de este régimen de información al cliente, en línea con los proyectos normativos de la Unión Europea en materia de mercados de instrumentos financieros. (EM III final).

<sup>65</sup> *Vid.* al respecto, ZUNZUNEGUI, F. Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos. *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 29 de noviembre de 2013, 4. MUÑIZ ESPADA, Esther. Adquisición de productos financieros y los riesgos de asimetría en la información. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 3060. La autora propone como más factible superar la categoría de consumidor y crear una protección simplemente del «contratante más débil»; hacer una categoría más amplia, con aplicación a los pequeños inversores.

<sup>66</sup> Legislación contenida principalmente en la Ley 7/1998 LCGC y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TRLGDCU.

<sup>67</sup> Así lo pusimos de relieve en el caso de las preferentes al considerar que el «preferentista» español afectado por el escándalo de las participaciones preferentes, además de pertenecer en su gran mayoría a esta categoría (pequeño inversor o cliente minorista) reúne la condición de consumidor —consumidor financiero, en este caso especialmente vulnerable por el colectivo al que fue dirigido— que celebra un contrato de adhesión. *Vid.* PÉREZ-VALLEJO, Ana M.<sup>a</sup> Consumidores vulnerables (inversores de edad avanzada): el rostro más duro de las participaciones preferentes. En *Nuevas Perspectivas del Tratamiento Jurídico de la Discapacidad y la Dependencia* (Dir. M.<sup>a</sup> C. García Garnica. Coord. Rojo Álvarez-Manzaneda, R.). Ed. Dykinson. Madrid, 2014, 227-242.

<sup>68</sup> Vid. ZUNZUNEGUI, F. Derechos del consumidor de servicios... *Ob. cit.* 4.

<sup>69</sup> La Directiva delegada de la Comisión de 7 de abril de 2016 (C 2016 2031 final) por la que se complementa la Directiva 2014/65/UE en lo que respecta a la salvaguarda de los instrumentos financieros y los fondos pertenecientes a los clientes, las obligaciones en materia de gobernanza de productos y las normas aplicables a la entrega o percepción de honorarios, comisiones u otros beneficios monetarios o no monetarios. Se pretende especificar las normas relativas a la salvaguarda de los fondos e instrumentos financieros de los clientes, a las obligaciones de gobernanza de los productos para las empresas de inversión que elaboren o distribuyan instrumentos financieros, y a la entrega o percepción de honorarios, comisiones u otros beneficios monetarios o no monetarios (incentivos).

<sup>70</sup> «Ojo financiero» para productos financieros complejos, frente al «ojo humano» para productos financieros simples. Vid. al respecto, LAMOTHE FERNÁNDEZ, P., PÉREZ SOMALO, M. y PÉREZ GUERRA, M. Mala praxis en la actividad bancaria y los mercados financieros: conflictos de interés y abuso de mercado, *Revista de Responsabilidad social de la empresa*, núm. 14, 2013, 122.

<sup>71</sup> Vid. Defensor del Pueblo (n.º expediente 09012179).

<sup>72</sup> Vid. FJ 4.º de la SAP Sevilla, (Secc. 6.ª), de 18 julio 2012, (núm. de rec. 1193/2012). En igual sentido la STS núm. 613/2015 de 10 de noviembre y STS núm. 747/2015 de 29 de diciembre.

<sup>73</sup> Vid. STS, de 13 de noviembre de 2015 (sentencia número 633/2015, Ponente SARAZA JIMENA),

<sup>74</sup> Vid. SSTs núm. 493/2016, de 14 de julio (*RJ* 2016, 2974), y núm. 519/2016, de 21 de julio (*RJ* 2016, 3443), siendo en ambas ponente Excmo. Sr. Ignacio SANCHO GARGALLO. Así como la STS núm. 509/2016, de 20 de julio (*RJ* 2016, 3429), ponente Excmo. Sr. Rafael SARAZA JIMENA) y STS núm. 510/2016, de 20 de julio (*RJ* 2016, 3428), ponente Excmo. Sr. Pedro VELA TORRES). En todas estas sentencias el cliente eran sociedades mercantiles.

<sup>75</sup> Vid. AGÜERO ORTIZ, Alicia. El consumidor como inversor de alto riesgo: la impugnación por vicios del consentimiento de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y *swaps*, una opción solo al alcance de algunos, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 8/2013, 491.

<sup>76</sup> Vid. STS núm. 102/2016, de 25 de febrero, y núm. 411/2016, de 17 de junio. Igualmente la ya citada STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011) EDJ 2013/69039, señala que «La cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en qué consiste, sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente» (apartado 53).

<sup>77</sup> Vid. SSTs núm. 493/2016, de 14 de julio (*RJ* 2016, 2974), y núm. 519/2016, de 21 de julio (*RJ* 2016, 3443), siendo en ambas ponente Excmo. Sr. Ignacio SANCHO GARGALLO. Así como la STS núm. 509/2016, de 20 de julio (*RJ* 2016, 3429), ponente Excmo. Sr. Rafael SARAZA JIMENA) y STS núm. 510/2016, de 20 de julio (*RJ* 2016, 3428), ponente Excmo. Sr. Pedro VELA TORRES). En todas estas sentencias el cliente eran sociedades mercantiles.

<sup>78</sup> Vid. Consulta pública sobre el anteproyecto de Ley de transposición de la normativa MiFID II (Directiva 2014/65/UE y Directiva delegada de la Comisión de 7 de abril de 2016 que complementa a la anterior), Ministerio de Economía, industria y competitividad. 7. Recurso en línea: <http://cd00.epimg.net/descargables/2017/03/15/6b9c626d3eac8e6064e13eaf7aadc903.pdf> (Última consulta 26 de agosto 2017)

<sup>79</sup> Vid. AA.VV. *Nuevos Modelos de Negocio en el Asesoramiento Financiero tras las modificaciones regulatorias de MiFID II*. (Coord. Sergio Míguez) IEB, 2016, 120.

<sup>80</sup> «Los Estados miembros exigirán a las empresas de inversión que aseguren y demuestren que las personas físicas que prestan asesoramiento o proporcionan información sobre productos de inversión, servicios de inversión o servicios auxiliares a clientes en nombre de la empresa de inversión disponen de los conocimientos y las competencias necesarios para cumplir sus obligaciones de acuerdo con el artículo 24 y el presente artículo, y deberán publicar los criterios utilizados para evaluar tales conocimientos y competencias».

<sup>81</sup> Al respecto la STS de 8 de abril 2016 señala que «En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata

el *swap* cuanto sí, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar; permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo». *Vid.* STS de 8 de abril de 2016 Roj: STS 1644/2016. Id Cendoj: 28079110012016100242. Ponente: Pedro J. VELA TORRES.

<sup>82</sup> *Vid.* Observatorio de la jurisprudencia de productos financieros complejos. 2015 Jausas Legal y Tributario, 10. Recurso en línea: [http://www.economistjurist.es/wp-content/uploads/sites/2/2016/09/Observatorio-de-la-jurisprudencia-de-productos-financieros-complejos-2015\\_JAUSAS.pdf](http://www.economistjurist.es/wp-content/uploads/sites/2/2016/09/Observatorio-de-la-jurisprudencia-de-productos-financieros-complejos-2015_JAUSAS.pdf) (Último acceso 4 de febrero de 2017).

<sup>83</sup> STS de 19 de mayo de 2016 Roj: STS 2263/2016 Id Cendoj: 28079110012016100326 Ponente: Rafael SARAZA JIMENA.

<sup>84</sup> *Vid.* STS n.º 727/2016 de 19 de diciembre. Núm. de recurso 1999/2013. Ponente J. VELA TORRES.

<sup>85</sup> En el caso de autos, el TS entiende que no es determinante, a estos efectos, la cualificación del administrador (licenciado en ciencias empresariales). Además, es de absoluta relevancia este extremo, pues el cliente con perfil de inversor inexperto goza de la máxima protección establecida por la Ley, puesto que: «Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante».

<sup>86</sup> *Vid.* STS de 24 de marzo de 2017 Núm. de recurso 1363/2014. Roj: STS 1056/2017. Id Cendoj: 28079110012017100192 Ponente Ignacio SANCHO GARGALLO.

<sup>87</sup> *Vid.* STS de 11 octubre de 2017, núm. 555/2017, recurso: 2025/2015. Ponente: María de los Ángeles PARRA LUCÁN.

<sup>88</sup> Dice la sentencia que «(...) la preparación profesional del Sr. X (licenciado en Derecho y Económicas, y haber trabajado en un despacho de abogados con asuntos internacionales), y el riesgo financiero de la sociedad (3.680.000 euros), no justifican que el administrador y la sociedad fueran inversores profesionales, según la clasificación que introdujo la reforma operada por la Ley 47/2007 y que analógicamente nos sirve para deslindar cuando existía deber de informar y cuando no. Conforme al actual artículo 78 bis LMV, inversores profesionales son «aquellos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos». *Vid.* STS núm. 361/2016, de 12 de febrero. Roj: STS 361/2016 Ponente: Ignacio SANCHO GARGALLO.

<sup>89</sup> *Vid.* STS núm. 235 de 8 de abril de 2016. Núm. de recurso 3264/2012. Ponente: Pedro J. Vela Torres.

<sup>90</sup> *Vid.* SAP de Madrid de 30 de abril de 2012, núm. 210/2012. Recurso de apelación 727/2011. Ponente: Amparo CAMAZÓN LINACERO.

<sup>91</sup> Nocial que ascendía a 1.273.000 euros y que en el interrogatorio de parte señaló el actor «aparecer ahora en el contrato» (...) «el nocial no constaba, pregunté a los empleados y me dijeron, el importe es el saldo deudor en cada momento del préstamo hipotecario, va en función del cuadro de amortización». (...) ¿cómo que me interesa? en ese momento no hay 1.273.000 euros, usted sabe perfectamente que con una hoja sin firmar, simplemente con la fotocopidora se pueden hacer maravillas, yo le digo que si hay 1.273.000 jamás lo habría firmado, pero por razones obvias, porque mi riesgo no llega a 300.000.

<sup>92</sup> *Vid.* SAP de León de 28 de mayo de 2012 (Roj: SAP LE 705/2012), recurso: 122/2012, Ponente: Ana DEL SER LÓPEZ.

<sup>93</sup> *Vid.* STS núm. 99/2017 de 15 de febrero. Núm. de recurso: 2569/2013. Ponente: Pedro J. VELA TORRES.

<sup>94</sup> *Vid.* FJ 2.º de la STS de 31 de marzo de 2017 Núm. de recurso 1483/2013. Roj: 1218/2017. Id Cendoj: 28079110012017100197. Ponente Francisco Javier ORDUÑA MORENO. En igual sentido se pronuncia la STS Sala Primera de 6 abril de 2017. EDJ 2017/36403.

<sup>95</sup> Vid. la ya citada STJUE, de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011) y la STJUE de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27) EDJ 2012/167173.

<sup>96</sup> Vid. VICENT CHULIÁ, F. Cuestiones abiertas en la contratación bancaria. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Contratos bancarios núm. 20 (2003), 8.

<sup>97</sup> Vid. REDONDO TRIGO, La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MiFID, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, 2011, 625-655.

<sup>98</sup> Vid. STS de 4 de diciembre de 2015; núm. 668/2015. (Roj: STS 4946/2015).

<sup>99</sup> Vid. al respecto, MORALES MORENO, A. M. Permuta financiera de interés (*swap*), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012. *Revista de Derecho Mercantil* núm. 289, 2013, 436. 407-442. El autor se plantea si la solución adoptada respecto del incumplimiento de los deberes de información, a través de la anulación del contrato por error, es la idónea o si, por el contrario, sería preferible reconducir tales incumplimientos hacia el sistema de la indemnización por daños. Más contundente a favor de esta tesis, se muestra ZUNZUNEGUI PASTOR, F. La responsabilidad contractual como vía prioritaria de reparar al inversor. *Revista de Derecho del Mercado Financiero*. Publicado 6 de julio de 2016. Págs. 1-3. Recurso en línea <http://www.rdmf.es/2016/07/06/la-responsabilidad-contractual-como-via-prioritaria-de-reparar-al-inversor/> Del mismo autor, Aproximación a la responsabilidad contractual de los prestadores de servicios de inversión. *Revista de Derecho bancario y bursátil* núm. 141. Año XXXV, enero-marzo, 2016, 125 y sigs.

<sup>100</sup> La acción de responsabilidad contractual por daños y perjuicios con fundamento en los artículos 1100 y 1101 del Código Civil con base en el incumplimiento contractual de la entidad financiera, basado en la falta de información en los *swaps* se ha estimado en las siguientes sentencias, entre otras: en la SJPI núm. 2 Sabadell, de 20 de junio de 2016. Diario La Ley, núm. 8881, Sección La Sentencia del día, 14 de diciembre de 2016; la SAP del Madrid, Sección 10, sentencia núm. 329/2017, de 12 de julio. SAP Pontevedra, Sección 1, sentencia núm. 479/2017, de 11 de octubre. SAP de Valencia, Sección 9, sentencia núm. 102/2016, de 11 de febrero. SAP Madrid, Sección 25, sentencia núm. 216/2017, de 19 de junio. SAP de Madrid, Sección 8, sentencia núm. 389/2017, de 21 de septiembre.

<sup>101</sup> Complementada por la Directiva delegada de la Comisión de 7 de abril de 2016 (C 2016 2031 final).

<sup>102</sup> Vid. Consulta pública sobre el anteproyecto de Ley de transposición de la normativa MiFID II (Directiva 2014/65/UE y Directiva delegada de la Comisión de 7 de abril de 2016 que complementa a la anterior). Ministerio de Economía, industria y competitividad, 9. El plazo de duración de la consulta será hasta el 10 de abril de 2017. Recurso en línea: <http://cd00.epimg.net/descargables/2017/03/15/6b9c626d3eac8e6064e13eaf7aadc903.pdf> (Último acceso 10 de mayo de 2017).

<sup>103</sup> Vid. las «Guidelines on MiFID II product governance requirements», publicada el de 2 de junio de 2017 y adoptadas por la CNMV el 12 de diciembre de 2017, con aplicación a partir del 3 de enero de 2018.

RECENSIONES  
BIBLIOGRÁFICAS





CHICO DE LA CÁMARA, Pablo: *La Fiscalidad de la Promoción Inmobiliaria: Estudio Integral de la Tributación del Proceso Urbanístico y Propuestas de Mejora*, Tirant lo Blanch, 2016, 325 páginas.

por

SOFÍA BORGIA SORROSAL

*Dra. Profesora de Derecho Financiero y Tributario  
Directora de los Grados de Derecho y Criminología  
Universidad Francisco de Vitoria*

El libro publicado por Pablo CHICO DE LA CÁMARA «La Fiscalidad de la Promoción Inmobiliaria: Estudio Integral de la Tributación del Proceso Urbanístico y Propuestas de Mejora» es una de esas obras que se convierten en referencia en un tema tan complejo y tan casuístico como es la tributación del proceso urbanístico.

Como muy bien dice José Antonio ROZAS VALDÉS, en el prólogo de este libro, la intención del mismo es analizar en qué se concreta la gran carga tributaria que acecha hoy por hoy a los promotores inmobiliarios. El propósito del autor es diseccionar minuciosamente, como si de un cirujano se tratase, la realidad tributaria de este sector de la economía para poder entenderla y explicarla.

Pablo CHICO DE LA CÁMARA aborda en este trabajo el estudio de la fiscalidad inmobiliaria desde una perspectiva diferente, poniendo el foco en todo lo que afecta de forma exclusiva al promotor inmobiliario. Al mismo tiempo, el estudio se centra en la Comunidad de Madrid dado que, en lo que afecta a la promoción inmobiliaria, nuestro sistema tributario está compuesto de tantos ecosistemas como Comunidades Autónomas y Municipios existen.

La carga tributaria que soporta el promotor inmobiliario en las distintas fases del proceso se convierte en el hilo conductor de toda la obra. Del análisis de la problemática particular de cada tributo se desarrolla un estudio transversal de la situación fiscal en la que se encuentra uno de los principales sectores de nuestra economía, lo que lleva al estudioso lector a entender muchas de las dificultades inherentes al ejercicio de esta actividad.

Como colofón, la obra incluye un ranking con los distintos tributos locales que tienen incidencia directa en el proceso de promoción inmobiliaria evidenciando el *gap* fiscal tan importante que existe entre las diferentes Corporaciones Locales al producirse una carga tributaria muy distinta entre unos y otros municipios dependiendo del lugar donde esté localizado el inmueble.

El autor demuestra, una vez más, el dominio del tema que desarrolla, basado en un profundo estudio de la materia, en el que abarca la tributación del proceso urbanístico en todas sus fases: urbanización, promoción, transmisión y titularidad. La obra, que está basada y fundamentada en un meticuloso análisis de la nor-

mativa vigente, cuenta con constantes referencias a las sentencias más relevantes dictadas sobre la materia. Sin embargo, si algo la hace diferente y le aporta valor añadido, es la constante presentación de ejemplos y casos prácticos con soluciones que permiten al lector entender realmente el funcionamiento del impuesto.

La obra tiene una estructura clara y lógica, acorde con la pretensión del autor y el hilo conductor del trabajo. De este modo, el Resumen Ejecutivo que encontramos en su interior ya nos adelanta que el libro se divide en cinco partes.

La primera parte dedicada a la tributación en el proceso urbanizador diferencia los tres sistemas a través de los que puede desarrollarse la ejecución del Planeamiento Urbanístico, centrando la atención en el sistema de compensación que se presenta como el más controvertido, que más litigios genera y, por tanto, el que mayor esfuerzo de clarificación requiere por parte del legislador.

La segunda parte aborda la tributación del proceso de promoción inmobiliaria y atiende en dos capítulos distintos a la imposición indirecta y a la tributación local de la promoción. En el primer capítulo de esta parte se detalla con gran minuciosidad los supuestos de sujeción y exención del IVA en las distintas modalidades de entrega de los terrenos, que de no tributar por IVA, lo harán por TPO. En este punto la cuestión a la que el capítulo dedica mayor atención es a la ejecución de obras realizadas como consecuencia del proceso urbanizador. El autor destaca la importancia de distinguir el concepto de ejecución de obra de otras figuras contractuales como puede ser el arrendamiento de servicios.

El segundo capítulo centra su atención en la mezcla de impuestos que el promotor debe ingresar en la Hacienda Local donde va a estar enclavado el inmueble: Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, Impuesto sobre Construcciones Instalaciones y Obras y un sin fin de tasas locales con incidencia en la promoción urbanística.

La tercera parte está dedicada a la tributación en el proceso de transmisión de inmuebles edificados. Una vez analizada toda la tributación de la edificación de los inmuebles, esta parte del libro se centra en la tributación, en todas sus modalidades, del proceso de transmisión de estos inmuebles. Está dividida en cinco capítulos en los que el autor hace referencia a: la tributación directa e indirecta de la transmisión, a la tributación en la transmisión por no residentes y a la tributación en el Impuesto local sobre el Incremento de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

En esta parte es destacable el brillante análisis normativo y jurisprudencial que realiza Pablo CHICO DE LA CÁMARA respecto de la tributación de las llamadas «rentas irregulares» dentro del IRPF. El autor argumenta de forma contundente y en base a derecho lo injustificable que resulta que los promotores inmobiliarios estén sometidos a una mayor presión fiscal que otros colectivos en este punto.

La cuarta parte del libro dedica una especial atención a la titularidad por el uso y disfrute de los inmuebles, siendo el IBI el impuesto con mayor recaudación para los ayuntamientos. También se atiende en este apartado a la Tasa de Residuos Sólidos Urbanos y Tasa de Vados. En esta parte podemos encontrar, una vez más, una gran cantidad de casos y ejemplos prácticos que ayudan a entender la nada fácil liquidación del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

Por último, la parte más extensa del libro es la dedicada al análisis pormenorizado de los distintos tributos que inciden en la promoción inmobiliaria en los municipios de Madrid. El trabajo de sistematización y tratamiento de datos es realmente útil y esclarecedor. En el análisis de toda esta información se pone de manifiesto la diferente presión fiscal existente entre unos municipios y otros,

dependiendo de las decisiones tomadas por los distintos ayuntamientos en el ejercicio de las competencias que les atribuye el TR. LRHL.

En definitiva, son muchas las aportaciones e ideas que recoge el autor en esta obra, todas ellas basadas y fundadas en una magnífica argumentación jurídica y un riguroso análisis jurisprudencial, lo que me lleva a calificar este trabajo como una obra de referencia sobre la materia.

Si lo que pretendía el autor era poner sobre la mesa cuestiones relevantes, candentes, actuales y con contradicciones y problemas jurídicos, el objetivo está más que logrado. Pero no solo eso; ha sido capaz de desarrollar, argumentar y defender sus tesis con una congruencia impecable desde el minuto cero del libro hasta el final gracias al magnífico hilo conductor de la obra que consigue unir, en una extraordinaria transversalidad todos, los problemas derivados de la fiscalidad de la promoción inmobiliaria en España.

La de Pablo CHICO es una obra necesaria que atiende a la presión fiscal sufrida por un sector que en España no solo ha venido a cubrir una necesidad residencial, sino que ha constituido el verdadero motor de la economía durante muchos años.

Una actividad que es fuente de creación de un gran número de puestos de trabajo, tanto de forma directa como indirecta, por la cantidad de actividades con él relacionadas y por tanto, un sector cuya evolución negativa en momentos de crisis económica tiene efectos devastadores en toda la economía. Tanto es así que el boom inmobiliario había llevado al sector a representar el 12,6% del PIB en nuestro país, siendo la tasa de paro en el sector en 2007 del 6,39%. Sin embargo, con la llegada de la crisis el porcentaje de paro en el sector llegó a ser del 26,96%, por encima del conjunto de la media nacional.

Además, durante años este sector constituyó una de las principales fuentes de recaudación del sector público, tanto a nivel nacional con el IVA como a nivel autonómico con el ITP. Pero en los últimos años parece ser el gran olvidado del sector público, tanto de sus políticas fiscales como de gasto.

Las políticas públicas y la estrategia fiscal del Gobierno no parecen apostar por un sector inmobiliario eficiente y competitivo como sí están haciendo otros países de nuestro entorno. En España, unida a la presión fiscal que soporta el sector, y que el libro que ahora reseñamos pone en evidencia, nos encontramos con la eliminación en los últimos años de los estímulos fiscales más importantes a la demanda. Sin embargo, no se observan políticas de estímulo a este sector que, al mismo tiempo, es clave en el cumplimiento de los objetivos energéticos de Europa 2020.

Mi más sincera enhorabuena a Pablo CHICO DE LA CÁMARA por esta obra tan completa, exhaustiva, e impregnada del rigor científico de su autor, al que ya nos tiene acostumbrados.

CASTILLO FELIPE, Rafael: *La oposición a la ejecución por defectos procesales: estudio del art. 559 LEC*. Aranzadi, Cizur Menor, 2017. 324 páginas. Monografía.  
por

SANTIAGO ARAGONÉS SEIJO

*Juez*

El autor es Profesor de Derecho procesal de la Universidad de Murcia y la presente monografía deriva de una parte de su tesis doctoral defendida en

septiembre de 2016. Dicha tesis, tiene por objeto «Control de los presupuestos procesales en la ejecución civil ordinaria: de oficio y por oposición del ejecutado».

De la presente obra cabe destacar tanto su exhaustividad como el profundo estudio jurisprudencial efectuado en sus cinco capítulos. En la división de la monografía se ha seguido un orden muy lógico, consistente en distinguir entre los motivos de oposición atinentes a las partes, los defectos en el título ejecutivo, los motivos atípicos y el procedimiento del incidente de oposición. La doctrina procesal de nuestro país ya había estudiado la oposición a la ejecución por motivos de fondo, que —como es sabido— tiene los motivos de oposición tasados. La oposición por defectos procesales necesitaba de una obra como esta, en la que se distingue cada uno de los motivos de oposición y se arroja luz tanto sobre los motivos atípicos no previstos en la LEC como de aquellos que no pueden incluirse en los motivos procesales.

El primer capítulo se dedica al «concepto, naturaleza, función y aproximación al ámbito del incidente de oposición por defectos procesales». Define el autor la oposición por defectos procesales como aquel incidente provocado por el ejecutado con la finalidad de hacer valer la inválida constitución del proceso de ejecución por estar presentes óbices procesales, por faltar presupuestos procesales generales —distintos a los de jurisdicción y a la competencia— o extremos materiales a ellos asimilados en su tratamiento, o por no concurrir un título ejecutivo —presupuesto procesal específico de la ejecución— que cumpla con los requisitos legales que exige la norma procesal para llevar a cabo la ejecución.

En el incidente por motivos de fondo se debate la subsistencia de la relación material y, en la que nos ocupa, la existencia o inexistencia del derecho procesal al despacho del ejecutante. El autor afirma que la función de este incidente es tanto defensiva por parte del ejecutado como sanadora del propio procedimiento, siempre que —en este último caso— el defecto sea subsanable.

Considera el Profesor CASTILLO que el artículo 559 no contiene un *numerus clausus* de causas de oposición por defectos procesales, por la dicción del propio artículo y a diferencia de la oposición por motivos de fondo. Por el contrario, la mayor parte de la jurisprudencia de las Audiencias considera que los motivos oponibles son tasados, aunque se aboga por una interpretación flexible de los mismos. Será más frecuente este tipo de oposición respecto de títulos extraprocesales ya que en el proceso declarativo anterior ya se habrá zanjado la discusión sobre los óbices procesales.

El primer motivo de oposición procesal es el de «carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda». A tal motivo se dedica el segundo capítulo, de las «causas de oposición relativas a los presupuestos atinentes a las partes», que incluye la falta de legitimación, de representación o de capacidad. Pese a la naturaleza material de la legitimación, el legislador le dispensa el mismo tratamiento que a un presupuesto procesal. Ahonda el autor en la abundante casuística de la falta de legitimación activa y pasiva.

En la legitimación pasiva los tribunales últimamente han tratado los problemas relativos a las modificaciones estructurales societarias, sobre todo en casos de absorciones bancarias. Suele advertirse esta problemática de oficio incluso antes de despacharse la ejecución, con arreglo al artículo 540 LEC. Pese a que se haya resuelto sobre la sucesión, aún con trámite de alegaciones del ejecutado, el Dr. CASTILLO considera que sería posible la oposición por falta de legitimación pasiva, aunque el ejecutado no podrá ir contra sus propios actos.

Respecto a la oposición por parte del fiador, el autor la limita a la liberación de la fianza, pero no a su nulidad, dado que esta deberá reconducirse al proceso declarativo autónomo del artículo 564.

Por su parte, la legitimación activa puede limitarse a la falta de su acreditación, en cuyo caso el incidente permitirá su subsanación, o a su ausencia en sentido estricto, óbice frecuente en las cesiones de créditos. Critica el autor la jurisprudencia mayoritaria que solo atribuye la legitimación activa para reclamar los alimentos debidos al progenitor ejecutante, pues defiende que el hijo mayor de edad es titular de un derecho de crédito.

Diferencia el autor entre la falta de representación y la falta de capacidad del ejecutado del ejecutante. Suele darse en escasas ocasiones, básicamente en supuestos de falta de representación voluntaria del ejecutante. Por el contrario, la falta de capacidad del ejecutante se ha utilizado indebidamente cuando este —si es persona jurídica— se encuentra en fase de liquidación, obviándose que la disolución solo tiene lugar tras la disolución. En la falta de capacidad procesal, el autor incluye los supuestos en que el tutor no dispone de autorización judicial para demandar y cuando acciona en vía ejecutiva el concursado cuyas facultades patrimoniales están intervenidas sin la conformidad de la administración concursal. Finalmente, en este primer motivo de oposición cabría alegar la falta de representación técnica del ejecutante.

Tras el examen de los dos primeros motivos de oposición, referidos a la legitimación y la representación de las partes, el tercer capítulo de la obra trata las «causas de oposición basadas en defectos del título ejecutivo», sin perjuicio de la existencia de causas de oposición atípicas, que se examinan en el capítulo quinto.

Se permite al ejecutado oponerse a la ejecución cuando la sentencia o el laudo arbitral no contengan pronunciamientos de condena. Sobre el artículo 521 de la LEC el profesor CASTILLO opina que la sentencia será condenatoria si contiene un mandato, consistente en una actuación —física o jurídica— que recaiga sobre la esfera patrimonial del ejecutado. No será condenatoria, por tanto, la sentencia que absuelva al demandado o del ejecutado que no haya intervenido en el proceso en que se creó el título ejecutivo. También cabe incluir en esta clase de oposición la reclamación de intereses cuando la condena no los incluya, pero no simplemente cuando se yerre en su reclamación.

El segundo de los motivos de oposición, relativo a vicios procesales del propio título, permite denunciar cualquier tara o defecto que afecte al título ejecutivo. A partir de aquí, en el resto del capítulo tercero de la monografía, se aprecia una notable profundización por el autor para analizar toda la casuística que puede incluirse en este motivo de oposición.

La oposición más habitual se ha dado en los supuestos de defectos formales en el documento que contiene el título ejecutivo. Pueden ser defectos en la redacción del laudo arbitral, por omitir este los datos exigidos en el artículo 37 de la Ley de arbitraje, pero no por haberse dictado fuera de plazo o por falta de motivación. Sin lugar a duda, el motivo estrella de oposición en los últimos años ha sido el de carecer la escritura pública —o la póliza mercantil— de fuerza ejecutiva. Frente al criterio mayoritario de las Audiencias Provinciales, el autor considera que las escrituras anteriores a la reforma del año 2006 no mantienen su eficacia ejecutiva, y que antes de presentar la demanda ejecutiva deberá pedirse el complemento de la escritura con arreglo al artículo 153 RN, dado que la eficacia ejecutiva debe darse al despacharse la ejecución, aunque el título se elaborara antes de la reforma legislativa.

Cuando la condena sea ilíquida, con carácter previo al despacho de la ejecución el ejecutante deberá instar un incidente de liquidación, y el deudor no podrá en la ejecución posterior oponerse por falta de liquidez porque ya habrá tenido oportunidad de hacerlo en el incidente del artículo 715 LEC.

Interesante problemática es la que plantea el autor en relación con la sentencia de condena de futuro, ya que la exigibilidad de la prestación atañe exclusivamente al sustrato material de la acción ejecutiva. Pero, sin embargo, la falta de exigibilidad no está enumerada entre las causas tasadas de los motivos de oposición de fondo. Ante el silencio legislativo, la única solución posible será acudir al declarativo posterior del artículo 564 LEC, pero —en ningún caso— debe incluirse como motivo procesal.

En la última parte de este capítulo tercero, atiende el autor a los requisitos que impone el artículo 520 LEC para los títulos extraprocesales. En primer lugar, dicho título debe contener una obligación dineraria, y deberá aportarse la liquidación del saldo deudor con los requisitos del artículo 573 LEC, pero cualquier discrepancia sobre la cuantía deberá esgrimirse como el motivo de fondo de pluspetición. En segundo lugar, y aunque la vigente LEC lo haya omitido, la deuda deberá estar vencida, pero su apreciación puede resultar demasiado complejo para esta clase de incidente. Si el ejecutado fuera un consumidor, podrá oponerse por considerar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, por este ya es uno de los motivos tasados de fondo, no un motivo procesal. En tercer lugar, la cantidad reclamada debe exceder de los trescientos euros, y deberá computarse —dice el autor— respecto de la cuantía prevista en el título ejecutivo, no con la efectivamente reclamada. En cuarto lugar, la obligación deberá ser en moneda extranjera convertible, y por ahora las denominadas criptomonedas —como los *bitcoins*— no se consideran dinero electrónico.

Para finalizar el capítulo tercero, el autor incluye como causas de oposición que el título ejecutivo inicialmente válido haya quedado privado de fuerza ejecutiva por razones sobrevenidas, en los supuestos de impugnación de la cosa juzgada de los títulos procesales o si ha prosperado la acción de nulidad del laudo. También podrá presentarse oposición por la falsedad del título ejecutivo —debiendo interesar el ejecutado la suspensión por prejudicialidad penal—, por la falta de autenticidad del laudo arbitral, por carecer de fuerza ejecutiva el título extranjero por ausencia de procedimiento previo de *exequátur* o si fue denegado el mismo.

Por la lacónica redacción del artículo 559 LEC, resulta de especial utilidad el capítulo cuarto de la obra, sobre los «motivos de oposición atípicos y causas no oponibles». Para evitar equívocos, el autor propone que el artículo debería mencionar la posibilidad de alegar aquellos defectos que no estén expresamente previstos.

El ejecutado podrá oponer su propia falta de capacidad, si no fue apreciada por el tribunal antes de despachar la ejecución. Supuesto en el que pueden incluirse el despacho contra una persona jurídica extinguida o contra un deudor fallecido. Asimismo, podrá alegarse la falta de asistencia letrada del ejecutante.

La obligación que impone el artículo 273 LEC, de presentar electrónicamente los escritos, permitirá que el ejecutado se oponga por no haberse presentado de dicho modo la demanda ejecutiva. Se trata, sin embargo, de un defecto subsanable, como se explica en la monografía. Asimismo, puede advertir el ejecutado la inexactitud de las copias que le fueron entregadas. Si se estimara la inexactitud, deberá acordarse la nulidad de lo actuado, con la consiguiente reposición de las actuaciones, y tras el traslado de la copia exacta podrá presentarse una nueva oposición a la ejecución.

Advierte el autor que la falta de reclamación previa también es motivo de oposición, como —por ejemplo— la que debe dirigirse al Consorcio de Compensación de seguros antes de instar la ejecución del auto de cuantía máxima.

Al igual que en cualquier procedimiento declarativo, debe impedirse que concurra una litispendencia ejecutiva, que no la mera prejudicialidad civil, evitándose con ello una sanción patrimonial desproporcionada sobre el patrimonio del deudor. Relacionado con esto, la denegación del despacho o la estimación de la oposición por motivos de fondo en un proceso previo podrán encauzarse como motivo de oposición procesal, pero no porque tenga fuerza de cosa juzgada material —pese a lo afirmado por el Tribunal Supremo— sino por la prohibición del abuso de derecho.

La inobservancia del plazo de cortesía del artículo 548 LEC es un claro defecto procesal, pese a que las Audiencias hayan decidido que al resolver la oposición siempre habrá transcurrido ese plazo. Otros motivos de oposición, aunque raramente se dan en la práctica, son la indebida acumulación de acciones ejecutivas, la discordancia entre la tutela ejecutiva pretendida y la recogida en el título ejecutivo, la inadecuación del procedimiento y la falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Vistos los motivos atípicos, razona el autor sobre los motivos que no pueden tener cabida en este incidente, y que son: la recusación del juez, el quebrantamiento de las normas de reparto, cuestiones de fondo como la nulidad de la obligación documentada, la caducidad de la acción ejecutiva, las causas de anulación del laudo arbitral o el impago de la tasa judicial.

Por último, el capítulo V versa sobre el «procedimiento del incidente de oposición por defectos procesales», que es común tanto para los títulos judiciales como para los extrajudiciales, y que adopta una forma exclusivamente escrita, con traslado para alegaciones a la parte ejecutante por cinco días. Critica el autor la multitud de omisiones del precepto, que cabe resolver acudiendo a otros artículos. Así, el plazo de oposición será de diez días desde la notificación del despacho, el escrito de oposición deberá tener la forma de demanda, en el que podrán acumularse, aunque de forma separada, los motivos de oposición de fondo. Pese a que no se contemple, debería otorgarse carácter suspensivo a este incidente. El ejecutante podrá presentar documentos junto con sus alegaciones, pero no puede admitirse ninguna pericial. Tampoco establece la LEC el plazo de resolución de la oposición, debiéndose aplicar el artículo 132.2, esto es, sin dilación.

Cuando se estimase la oposición a la ejecución se podrá permitir, en su caso, la subsanación mediante providencia, cuando —según el autor— debiera ser un auto porque debe motivarse. Cualquiera que sea el sentido del Auto que resuelve la oposición, podrá interponerse recurso de apelación, pese al silencio del 559. Por todas estas lagunas e imperfecciones, el Dr. CASTILLO considera oportuna una reforma legislativa que articule un único incidente de oposición a la ejecución, que debería sustanciarse por los cauces del juicio verbal para evitar disfunciones y dilaciones en el proceso de ejecución.

Ante la notoria parquedad del artículo 559 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Dr. CASTILLO aporta numerosas soluciones y opiniones propias bastante razonables, y llega a sugerir un cambio legislativo que unifique los dos motivos de oposición o, bien, que complete las omisiones detectadas.





# 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