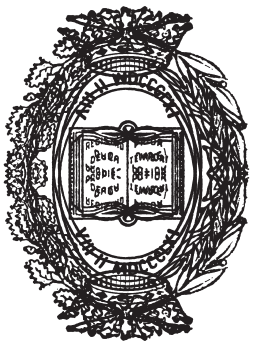
REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO



Año XCIV • Enero-Febrero • Núm. 765

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 • Enero-Febrero 2018 • Núm. 765

REVISTA BIMESTRAL

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

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

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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 Gálligo
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 Gálligo
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 Gálligo
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.

GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: «In Memoriam Excmo. Sr. D. Aurelio Menéndez Menéndez» 9

ESTUDIOS / *STUDIES*

ARGELICH COMELLES, Cristina: «Promesas vacías o soluciones habitacionales: la expropiación temporal de viviendas vs. EDMOs» / *Empty promises or housing solutions: temporary expropriation of dwellings vs. EDMOs* 13

BALLESTEROS ALONSO, Manuel: «El Registro Mercantil Central: historia, régimen y Registros limítrofes»/ *The Central Commercial Register: its history, regulations and associated Registers* 63

GALLEGO FERNÁNDEZ, Luis Antonio: «Cadenas de bloques y Registros de derechos» / *Block chains and rights registers* 97

MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa: «¿Son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario?» / *Are the contractual terms that oblige the consumer to pay the Notary and Land Registry fees in case of entering into a mortgage loan contract considered abusive?* 143

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan: «Pasado y futuro del albaceazgo» / *Past and future of testamentary executor* 195

Págs.

SAGRERA RULL, Jordi: «Consecuencias jurídicas del desistimiento anticipado por parte del arrendatario de un contrato de arrendamiento de inmueble urbano» / *Remedies to the early termination by the tenant of lease agreements of urban real estate properties* 211

DERECHO COMPARADO / *COMPARATIVE LAW*

PANAY CUYA, Max Adolfo: «El procedimiento de inscripción registral peruano como procedimiento administrativo especial» / *The peruvian registration procedure as a special administrative procedure* 239

VILALTA NICUESA, Aura Esther: «La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa» / *The European Regulation of Online Intermediary Platforms in the Age of the Collaborative Economy*..... 275

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..... 333

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «El curador del mayor: Un apoyo a la persona con modificación parcial de la capacidad» / *Curator: A support for the person with partial modification of the capacity*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE..... 445

1.2. Derecho de familia:

— «Los negocios fiduciarios ante los procedimientos de separación, divorcio y nulidad» / *Fiduciary business in the process of separation, divorce and nullity*, por Sergio TUDELA CHORDÁ 461

Págs.

1.3. Derechos reales:

— «El alquiler vacacional como actividad molesta en la Comunidad de propietarios» / *Tourist activity as an annoying activity in the condominium*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 496

1.4. Sucesiones:

— «Revisión y análisis crítico sobre la libertad para testar y el Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio» / *Review and analysis on freedom to test criticand the regulation (EU) 650/2012, 4th of July,* por Fernando CAROL ROSÉS 513

1.5. Obligaciones y Contratos:

— «Desistimiento unilateral del contrato por el arrendatario y cláusula *rebus sic stantibus*» / *Unilateral termination of the contract by the tenant and «rebus sic stantibus» clause*, por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO.. 533

1.6. Responsabilidad civil:

— «Imperatividad del plazo de pago *ex* Ley de Morosidad, nulidad de su contravención con independencia del carácter abusivo, sin constituir acto propio su falta de impugnación» / *Mandatory nature of statutory period of payment ex Law on late payment, nullity of payment period longer than statutory one, control of unfair terms and lack of contesting the unfair term*, por Bárbara DE LA VEGA JUSTRIBÓ 549

1.7. Concursal:

— «Las decisiones de los tribunales en torno a la clasificación de los créditos derivados de los préstamos participativos en el concurso de acreedores del prestatario» / *The decisions of the courts regarding the classification of claims arising from participative loans in the insolvency proceedings of the borrower*, por María Luisa SÁNCHEZ PAREDES 564

2. MERCANTIL

— «La impugnación de acuerdos sociales. *Nemo venire contra factum proprium. Bona fides*» / *Challenging*

Págs.

corporate agreements. No one may set himself in contradiction to his own previous conduct. Good faith, por Francisco REDONDO TRIGO 584

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

— «El carácter obligatorio de la inscripción del Proyecto de Compensación y la exigibilidad de su cumplimiento a las Juntas de Compensación» / *The compulsory registration of the Plot Re-division Project and its enforceability to the Compensation Board,* por Vicente LASO BAEZA 601

4. DERECHO BANCARIO:

— «A vueltas con el artículo 90.1º.6 concursal. El enredo prendario del legislador» / *A laps with the article 90.1º.6 bankruptcy law. The pledgee tangle legislator*, por Abel B. VEIGA COPO 614

ACTUALIDAD JURÍDICA / *LEGAL NEWS*

Información de actividades 653

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

«El contrato territorial para el desarrollo sostenible del medio rural», de Pablo AMAT LLOMBART, y Rita MONFORT PERIS, por Laura ZUMAQUERO GIL 659

«El derecho de retención en el Código Civil español», de Laura ZUMAQUERO GIL, por Begoña GONZÁLEZ ACEBES 663

In Memoriam del Excmo. Sr. D. Aurelio Menéndez Menéndez, Marqués de Ibias, Catedrático de Derecho Mercantil, Presidente del Consejo de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Consejero Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Se nos ha ido uno de los juristas más insignes de los siglos XX y XXI. Catedrático de Derecho Mercantil, fundador de uno de los bufetes de abogados de mayor prestigio de España (Uría & Menéndez), ministro de Educación en la Transición, magistrado del Tribunal Constitucional (a punto estuvo de ser presidente), presidente de la sección de Mercantil de la Comisión General de Codificación, académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, tutor del Rey. Además de otros muchos cargos y distinciones ostentaba la de ser presidente del Consejo de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Sucedió en la presidencia de la revista a D. Luis DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, otro grandísimo jurista, también tristemente fallecido en 2015. Tener tan grandes presidentes demuestra la alta dignidad de la Revista, que ha llegado a ser una de las publicaciones más importantes en el ámbito del Derecho Privado, situándose entre las de mayor repercusión académica, especialmente en Derecho civil, mercantil, registral e hipotecario.

La pérdida de D. Aurelio MENÉNDEZ nos ha dejado a todos consternados. En mi caso tengo que manifestar no solo mi desolación como Director General de los Registros y del Notariado y como consejero secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, sino también como verdadero amigo —y no solo discípulo— que de él me siento. Su trato afable, sus consejos amigables y pre-

ocupados en lo personal —además de en lo profesional y académico— demostraban su inestimable trato humano. Sus conversaciones con él, en su casa o con ocasión de los Consejos de redacción de la Revista Crítica, demostraban su conocimiento de las instituciones, el papel relevante que en ellas juega SM El Rey como árbitro y no solo como Jefe del Estado, la complejidad de la Transición Política a la democracia, la importancia del cumplimiento de la Constitución que por vía de consenso se habían dotado los españoles, el papel del Derecho en la estabilidad política. Tenía un gran amor a Asturias —fue Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales en 1994—, donde hizo grandes contribuciones sociales, reconocidas con la atribución de su nombre al Colegio Público Aurelio Menéndez de San Antolín de Ibias, y en la concesión del marquesado. Y denotaba en sus conversaciones el respeto a la seguridad jurídica preventiva en el desarrollo económico de los países, en particular de la existencia de un adecuado Registro de la Propiedad y Mercantil, siendo de este un verdadero especialista. Consideraba —mucho antes de tener una hija registradora de la propiedad— que un Estado moderno no puede existir sin una institución de control de legalidad y publicidad que evite los litigios, asegure la contratación y el tráfico jurídico y mercantil.

Nos queda de D. Aurelio MENÉNDEZ su obra, sus *lecciones de Derecho Mercantil*, sus 35 libros y más de cien artículos y colaboraciones, nos queda su pasión por el Derecho, su contribución a la Escuela Española de Derecho Mercantil, el despacho jurídico que fundó, el Colegio Público que contribuyó a sufragar, nos queda su maravillosa familia, hijas y nietos, nos queda la historia de España en la que tan directamente participó, y nos queda el recuerdo de un grandísimo hombre en lo personal y en lo jurídico. Hasta siempre, descanse en paz querido Maestro.

ESTUDIOS

Promesas vacías o soluciones habitacionales: la expropiación temporal de viviendas vs. EDMOs

Empty promises or housing solutions: temporary expropriation of dwellings vs. EDMOs

por

CRISTINA ARGELICH COMELLES*
Profesora Doctora de Derecho civil
Universidad de Cádiz

RESUMEN: El propósito de este trabajo consiste en realizar un estudio comparado de la intervención estatal para mejorar el acceso a la vivienda en España, Inglaterra y Gales, por los problemas comunes que presenta la política de vivienda. En este sentido, se analizarán el sistema autonómico de expropiación temporal de viviendas y las órdenes de gestión de viviendas vacías o EDMOs previstas en la *Housing Act 2004* de Inglaterra y Gales, que implican una transferencia coactiva inferior. Con posterioridad a su análisis, examinaremos los elementos positivos y los defectos prácticos que presentan ambos instrumentos. Finalmente, se atenderá a la conveniencia de la incorporación de las EDMOs mediante un *legal transplant* en España y a las medidas alternativas que ambos sistemas jurídicos ofrecen.

* Agradezco a *The University of Manchester* y al profesor Neil Cobb la estancia de investigación postdoctoral y los medios facilitados para la realización de este trabajo.

ABSTRACT: The aim of this paper is to make a comparative analysis of state intervention in improving access to housing in Spain, England and Wales, because of their common difficulties regarding housing policy. To this end, we will make a comparative analysis of the regional system of temporary expropriation of housing use and EDMOs provided in the Housing Act 2004 in England and Wales, which are less intrusive than comparable tools in Spain. After this analysis, we will examine the advantages and disadvantages of these instruments. Finally, we will consider the convenience of incorporating EDMOs in Spain as a legal transplant, and we review the alternative measures that both legal systems provide.

PALABRAS CLAVE: Acceso a la vivienda. Política de vivienda. Expropiación temporal. EDMOs. Viviendas vacías. Vivienda asequible. Ayudas a la compra. Propiedad compartida. Propiedad temporal.

KEY WORDS: Access to housing. Housing policy. Temporary expropriation. EDMOs. Empty dwellings. Affordable housing. Help to Buy. Shared Ownership. Leasehold.

SUMARIO: I. EL ACCESO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA, INGLATERRA Y GALES.—II. *LAW IN THE BOOKS:* EL MECANISMO DE EJECUCIÓN DE LA EXPROPIACIÓN TEMPORAL DE VIVIENDAS Y DE LAS EDMOS: 1. La configuración de la expropiación temporal de viviendas: *A) Las dificultades en la determinación del objeto, la temporalidad y el régimen jurídico*: *B) Los sujetos de la expropiación: la adecuación constitucional de las personas jurídicas financieras. C) Las reglas de distribución del justiprecio como alteración máxima de la expropiación.* 2. La configuración de las *Empty Dwelling Management Orders*: un estudio comparado con la legislación autonómica de acceso a la vivienda: *A)* Interim Empty Dwelling Management Order: *objeto, excepciones y procedimiento. B)* Final Empty Dwelling Management Order: *procedimiento y facultades.*—III. *LAW IN ACTION:* VENTAJAS, INCONVENIENTES Y MEJORAS PARA UN *LEGAL TRANSPLANT* DE LAS EDMOs ANTE EL FRACASO EXPROPIATORIO.—IV. INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS DE ACCESO A LA VIVIENDA DE ESPAÑA Y EL REINO UNIDO.—V. CONCLUSIONES.

I. EL ACCESO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA, INGLATERRA Y GALES

La intervención administrativa en la política de vivienda ha sido el mecanismo utilizado en España, Inglaterra y Gales para mejorar su acceso, en un

contexto común de incremento de los precios, sobreoferta y crecimiento de las viviendas vacías, así como para mitigar los desajustes en la distribución según el régimen de tenencia. Las estadísticas sobre vivienda de la Oficina Estadística de la Unión Europea (EUROSTAT, 2017) cuantifican en un 70,1% los europeos que residen en una vivienda en propiedad; este dato aumenta en España hasta el 78,2%, mientras que en el Reino Unido corresponde a un 63,5%. La universalización de la propiedad como régimen de tenencia, particularmente en España, dificulta el acceso a la vivienda en condiciones de mercado (NASARRE, 2014, 11-28), lo que contribuye significativamente al aumento de las viviendas vacías en un escenario de crisis hipotecaria. El acceso a la vivienda en régimen de arrendamiento es todavía escaso en España porque representa el 21,8%, situándose la media de los Estados miembros de la Unión Europea en un 29,9% y los datos del Reino Unido en un 36,5%. En el ámbito interno, se distribuyen en una proporción de un 12,7% en arrendamiento ordinario y de un 9,1% en arrendamiento protegido, en el Reino Unido corresponden a un 18,2% y a un 18,3% respectivamente, mientras que en la media europea suponen un 19,7% y un 10,9%. Para subvenir a estas dificultades compartidas, derivadas de los desajustes prácticos de la política de vivienda, se han previsto diferentes mecanismos que centrarán la atención de este trabajo. En algunas Comunidades Autónomas, se ha articulado la expropiación temporal del uso de las viviendas deshabitadas o de aquellas pertenecientes a personas vulnerables que sean sujetos de un lanzamiento. En cambio, en el Reino Unido se ha acudido a las órdenes de gestión de viviendas vacías o *Empty Dwelling Management Orders* —en adelante EDMOs—, previstas en la *Housing Act*[1] *2004* de Inglaterra y Gales, que entraron en vigor mediante su desarrollo en *The Housing Act 2004 (Commencement) núm. 5 and Transitional Provisions and Savings) (England) Order*[2] *2006* y en *The Housing Act 2004 (Commencement núm. 3 and Transitional Provisions and Savings) (Wales) Order*[3] *2006.*

Con la finalidad de contextualizar el objeto de esta investigación, resultan necesarios los datos judiciales y estadísticos de España y del Reino Unido para conocer el estado actual del acceso a la vivienda. En España, se han realizado 656.211 ejecuciones hipotecarias y 477.407 lanzamientos[4] desde el año 2008 (CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 2017, 60). El último Censo de Población y Viviendas del año 2011 (INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, 2013) reveló que existen 3.443.365 viviendas vacías, una cifra que supone un 19,04% respecto del total de viviendas. Desde el primer Censo de Edificios y Viviendas de 1950, cuando ya se habían creado algunas medidas de mejora del acceso a la vivienda como la prórroga forzosa, el número de viviendas se ha triplicado y la cantidad de viviendas deshabitadas se ha octuplicado, en particular se ha incrementado un 10,8% en la última década[5] (INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, 1950, 19-21, e INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, 1991). Estos datos constituyen la expresión objetiva del

grave problema de acceso a la vivienda que se produce en la actualidad en España. Sin embargo, desde el inicio de la normativa autonómica de expropiación temporal de viviendas nunca se ha aplicado este instrumento (PONCE SOLÉ, 2015), por lo que esta regulación convierte la mejora del acceso a la vivienda en una promesa vacía. A pesar de la ausencia de datos oficiales acerca de la aplicación de la expropiación temporal del uso de viviendas, se han realizado consultas a las diferentes Administraciones para obtenerlos. Por el momento, solamente se ha recibido respuesta de Navarra[6] y del País Vasco[7], donde no se ha llevado a cabo ninguna expropiación temporal del uso de viviendas, así como de Andalucía[8]. En este territorio se incoaron dos expedientes, conforme a lo previsto en el Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda[9] —norma derogada por la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda[10]—, pero no se llegaron a concluir debido a la suspensión y posterior resolución del recurso interpuesto mediante la STC 93/2015 de 14 de mayo[11].

Por lo que respecta al acceso a la vivienda en Inglaterra, se determinaron sus defectos en la última evaluación sobre la política de vivienda, que comprende el periodo inmediatamente anterior a la aprobación de la *Housing Act 2004,* conocida como *Lessons from the past, challenges for the future for housing policy. An evaluation of English housing policy 1975-2000* (STEPHENS, WHITEHEAD, MUNRO, 2005, 61-71, HOLMANS, STEPHENS, FITZPATRICK, 2008, 158-159, y STEPHENS, WHITEHEAD, 2014, 208). El informe indica que el principal fracaso de la política de vivienda fue la incapacidad de ofertarla en una proporción suficiente al aumento de la demanda y de las necesidades de vivienda libre y protegida, como consecuencia de la reducción de las ayudas para promocionar la construcción de estas últimas. El aumento del acceso a la vivienda en propiedad y el incremento de los precios contribuyeron a disminuir la desigualdad en su acceso, pero excluyeron a las personas más desfavorecidas y a las que accedían a una vivienda por primera vez. A ello se le añade que los problemas actuales de la política de vivienda no distan mucho de los que se producían en los años setenta, por la distribución desigual de los ingresos y el elevado coste de la vivienda (STEPHENS, WHITEHEAD, 2014, 219). Podemos precisar que las necesidades de vivienda de las personas vulnerables como consecuencia de una crisis económica o de las vulnerables de larga duración se encuentran satisfechas en la actualidad mediante la *Housing Benefit* o vivienda social, regulada en *The Housing*[12] *Benefit Regulations 2006*. El informe finaliza señalando que en el arrendamiento protegido no se previeron los cambios en la ubicación de la demanda residencial, para destinar fondos públicos a la cobertura de estas necesidades habitacionales. Además, el incremento del valor de las viviendas, aunque ha favorecido a quienes ya disponían de una vivienda en este periodo, ha dificultado su asequibilidad, especialmente en los territorios

con más demanda residencial (GRAY, 2015, 1-16). La calidad de las viviendas en el periodo evaluado mejoró significativamente, pero las restricciones financieras y normativas —en especial, de las autoridades locales—, así como las presiones económicas en el sector privado contribuyeron a que los intentos de regeneración no tuviesen suficiente efectividad.

Las viviendas vacías suponen la manifestación más negativa del desarrollo de la política de vivienda en cualquier territorio. Los factores que explicaban su existencia en Inglaterra antes de la aplicación de las EDMOs se concretaban en la ausencia de inversión en el mercado residencial —particularmente en Londres donde se había preferido mantener el control de grandes áreas reteniendo la vivienda libre en régimen de propiedad—, la subasta de viviendas que necesitaban de la realización de obras de conservación, y las dificultades para obtener rentas a precio de mercado, especialmente en los arrendamientos de larga duración (DIXON, CROSBY, MARSTON, POTTINGER, 2002, 273). Conviene señalar que dejar las viviendas vacías en este estado tiene importantes costes, como la falta de amortización de los servicios disponibles en la vivienda y la reducción del valor de las viviendas habitadas si se encuentran en un entorno de viviendas deshabitadas, por la influencia que tiene el valor del área o *Area Value* (CATT, 1986, 325). En Inglaterra, en el periodo posterior a la aprobación de las EDMOs, la cantidad de viviendas vacías disminuyó de las 783.000 del año 2008 a las 720.000 del año 2011, y de 327.000 viviendas deshabitadas de largo plazo a 279.000 (HENDERSON, 2015, 67). De conformidad con los últimos datos oficiales del 3 de octubre de 2016 (DEPARTMENT FOR COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENT, 2017), se han contabilizado 589.766 viviendas vacías en Inglaterra. Esta cifra supone una disminución de 10.413 viviendas en relación con las 600.179 del último informe de 5 de octubre de 2015, y de 193.234 respecto de las existentes en el año 2008. Las viviendas vacías de Inglaterra representan el 2,5% del total de viviendas, un dato que contrasta con el 19,04% de España. Las viviendas desocupadas a largo plazo, que constituyen el 0,8% del total de viviendas, han experimentado una caída de 3.451 viviendas respecto de las 203.596 que figuraban en el informe anterior, y una reducción de 126.855 viviendas en relación con las contabilizadas en el año 2008. La reducción de 193.234 viviendas vacías experimentada en Inglaterra en el periodo 2008-2016, a diferencia del incremento producido en España, alumbra posibles soluciones para este problema. Después de once años de vigencia de las EDMOs, se han ejecutado 108 veces (THE GUARDIAN, 2015), 17 de las cuales en el 2014, año a partir del cual no se han publicado más datos sobre su incidencia. Resulta necesario precisar que en 2014 solo se dictó una orden en Londres, y que 15 de estas 108 órdenes corresponden al norte de Inglaterra y el resto al este de Inglaterra. La política de vivienda de Inglaterra ha sido satisfactoria[13] por la reducción objetiva de viviendas vacías y su efecto preventivo, a pesar del reciente retroceso en la aplicación de las EDMOs. A este

éxito de las EDMOs, se le ha sumado el impuesto municipal a las viviendas vacías conocido como *Council Tax* o *Tax Charges,* al que nos referiremos más adelante y que comparte con las EDMOs el efecto disuasorio. Sin embargo, los datos en los barrios más acomodados de Londres varían, porque en los barrios de Kensington y Chelsea han aumentado las viviendas deshabitadas y este efecto disuasorio de las Council Tax no se produce, pese a poderse concretar este recargo entre 1.000 y 10.000 libras mensuales (THE GUARDIAN, 2017). Una posible explicación es que en los últimos 10 años, hasta octubre de 2016, los precios de la vivienda en Kensington se duplicaron a un promedio de 1,2 millones de libras, lo que provoca que los propietarios dividan las propiedades con fines especulativos, como sucede en Kensington y Westminster, mientras que en Brompton y Hans Town, el barrio con más viviendas deshabitadas a largo plazo, los precios subieron un 312% (THE GUARDIAN, 2017).

II. *LAW IN THE BOOKS:* EL MECANISMO DE EJECUCIÓN DE LA EXPROPIACIÓN TEMPORAL DE VIVIENDAS Y DE LAS EDMOs

La regulación de las EDMOs y de la legislación autonómica de acceso a la vivienda presentan un contenido distinto. Las principales diferencias consisten en que en España la expropiación es el paso previo a la constitución de un arrendamiento, y en el caso de las EDMOs, que pueden derivar en el arrendamiento entre otras actuaciones, no se produce la expropiación de ningún derecho. Por el contrario, coinciden en que ambas son medidas de carácter temporal. En el caso de la legislación autonómica, esta expropiación puede acordarse por un plazo de entre tres y diez años, según la norma que la disponga, a diferencia de las EDMOs, que tienen un plazo inicial de un año hasta un máximo de siete años.

Las EDMOs tienen por objeto las viviendas deshabitadas, mientras que el supuesto de hecho habilitador de la expropiación temporal de viviendas varía en función de la legislación que lo prevea, pudiendo diferenciar dos conjuntos normativos. Por una parte, identificamos el iniciado por el legislador de Andalucía en dos normas[14], y secundado por los legisladores de Navarra[15], Canarias[16], el País Vasco[17] en la medida expropiatoria, la Comunidad Valenciana[18] y Extremadura[19], relativo a la protección de los sujetos de una ejecución hipotecaria de la que se derive un lanzamiento sin solución habitacional. Por otra parte, en la legislación catalana[20] y en la vasca se puede apreciar una bifurcación del supuesto de hecho habilitador de la medida. En la primera norma catalana del año 2007, la expropiación —actualmente derogada[21]— se refería únicamente a la deshabitación de las viviendas durante dos años, al igual que las EDMOs y que el legislador vasco en el instrumento denominado *alquiler forzoso de la vivienda deshabitada*. En cambio, las dos disposiciones catalanas vigentes del 2015 y 2016 tienen como objeto, respectivamente, la deshabitación por el incumplimiento de

las condiciones de habitabilidad y la protección de los colectivos vulnerables, en términos parcialmente análogos a los previstos por el legislador andaluz.

1. La configuración de la expropiación temporal de viviendas

La expropiación temporal de viviendas no puede categorizarse como una medida de arrendamiento forzoso, aunque también persiga el destino de la vivienda al uso habitacional, porque la Administración no impone la celebración de un arrendamiento sin su participación como parte en el contrato, sino que utiliza el mecanismo expropiatorio como paso previo e interviene como parte arrendadora. La expropiación forzosa supone el ejercicio de una potestad ablatoria o restrictiva real sobre un bien o derecho patrimonial, a cambio de una compensación del equivalente económico del bien expropiado. Desde un punto de vista administrativo, el ejercicio de esta potestad supone una transferencia coactiva expropiatoria, porque elimina el contenido del derecho de uso mediante la consecución de un acto concreto de utilidad pública o interés social (GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, 2013, 122-126, y ESCUÍN PALOP, 2011, 939), y se corresponde desde una perspectiva civil con una limitación del dominio. En contraste, el arrendamiento forzoso implica una transferencia coactiva no expropiatoria de la facultad de libre aprovechamiento inherente al derecho de propiedad, concretada en el ejercicio imperativo de un acto de administración mediante la constitución del arrendamiento. En consecuencia, se sitúa en el ámbito de los límites en interés público del dominio, puesto que aunque el beneficiario sea un sujeto privado, este instrumento pretende satisfacer el fin público de la mejora del acceso a la vivienda.

Para proceder a expropiar temporalmente el uso de la vivienda, debe articularse un procedimiento administrativo de expropiación forzosa, que se encuentra regulado en la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa[22] —en adelante LEF— y en el Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa[23] —en adelante REF—, en virtud de la competencia estatal sancionada en el artículo 149.1.18.ª CE. Este procedimiento puede configurarse de dos maneras: por una parte, puede tener carácter *autónomo,* de conformidad con la normativa de Andalucía, Navarra, Canarias, el País Vasco, la Comunidad Valenciana, Extremadura[24] y la Ley 4/2016, de Cataluña; y, por otra parte, puede derivar de otro procedimiento administrativo *previo,* como en el artículo 42.6 de la Ley 18/2007, de Cataluña, donde provenía del procedimiento de declaración del incumplimiento de la función social de la propiedad, y en el artículo 4.3 del Decreto-ley 1/2015, de Cataluña, que deriva del procedimiento administrativo de ejecución forzosa mediante la ejecución subsidiaria de las obras necesarias para cumplir con las condiciones de habitabilidad de las viviendas. En todas las normas[25] que esta-

blecen la expropiación temporal del uso de viviendas, se prevé la declaración de urgente ocupación, motivo por el cual se trata de una expropiación *urgente*, de acuerdo con el artículo 52 LEF; ello responde a la necesidad de mejora del acceso a la vivienda[26] y de reducción del número de ejecuciones hipotecarias y lanzamientos aludidos al inicio de estas líneas. La expropiación temporal del uso de viviendas se configura de manera diferente en los distintos territorios en los que ha sido prevista, motivo por el cual dedicaremos los siguientes subapartados a analizar los elementos más controvertidos.

A) Las dificultades en la determinación del objeto, la temporalidad y el régimen jurídico

La expropiación temporal del uso de las viviendas se dispone por incumplir la función social del derecho de propiedad, una vulneración que determinará posteriormente el objeto de intervención. Para apreciar dicho incumplimiento, esta legislación atiende a dos elementos: a la deshabitación —en particular el tiempo de deshabitación— y a las circunstancias relativas a la vivienda deshabitada y a su propietario. En relación con el tiempo de deshabitación, el artículo 3 d) de la Ley 18/2007, de Cataluña, exige para considerar una vivienda como deshabitada que esté en esta situación durante más de dos años, del mismo modo que sucede en el caso de las EDMOs. Para apreciar este hecho, aunque no se haya creado un censo de viviendas deshabitadas debido a la derogación[27] del artículo 12 de la Ley 18/2007, existe un Registro de viviendas vacías y de viviendas ocupadas sin título habilitante, dispuesto por la disposición adicional primera del Decreto-ley 1/2015, de Cataluña. Este precepto sirve para autointegrar el artículo 4.3 del Decreto-ley 1/2015, de Cataluña, que prevé la expropiación temporal del usufructo si la vivienda está deshabitada por el incumplimiento de las condiciones de habitabilidad. En el País Vasco, el artículo 56 LVPV exige un plazo de deshabitación de dos años y, entre otras medidas[28], se podrá aplicar el arrendamiento forzoso de las viviendas declaradas deshabitadas, según establece el artículo 59, o la expropiación total del derecho de propiedad, de acuerdo con el artículo 72.3 c).

Las circunstancias referentes a la vivienda deshabitada y a su propietario, previstas en Andalucía, Navarra, Canarias, la Comunidad Valenciana y Extremadura[29], se concretan en que la vivienda sea objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria instado por entidades financieras, sus filiales inmobiliarias o entidad de gestión de activos, cuyo propietario —incluyendo también a avalistas y trabajadores autónomos— se encuentre en especiales circunstancias de emergencia social. Asimismo, la medida expropiatoria del legislador vasco lo extiende a los procedimientos de desahucio por impago de rentas y lo reduce, en el caso de ejecución hipotecaria, solo al propietario, sin admitir ni a los avalistas ni a los trabajadores autónomos, de acuerdo con el artículo 74

LVPV. La concreción de las circunstancias que pueden ocasionar emergencia o exclusión social resulta dificultosa, porque constituye un concepto jurídico indeterminado aunque necesario para poder ser beneficiario del arrendamiento fruto de la expropiación temporal del uso de la vivienda. Se puede integrar este concepto con el de *especial vulnerabilidad*[30] (NÚÑEZ IGLESIAS, 2014, 201) y así definir las circunstancias de emergencia o exclusión social como aquellas que puedan afectar a familias con menores de edad, mayores dependientes, personas con discapacidad, víctimas de violencia de género o personas desempleadas sin derecho a prestación. Ninguna de estas leyes determina si la emergencia social debe ser previa al lanzamiento derivado de la ejecución hipotecaria o si tiene que estar originada por esta situación. Para ser beneficiario, todas las normas expropiatorias excepto la Ley 18/2007, el Decreto-ley 1/2015, y el artículo 15 de la Ley 4/2016, de Cataluña —no así en el artículo 17 de la citada norma—, establecen como requisito que se produzca una situación de emergencia o exclusión social, a lo que el artículo 74 LVPV añade una situación de carencia habitacional, es decir, que dicha situación de emergencia o exclusión social provoque un déficit en la cobertura habitacional del beneficiario. Podemos inferir, por tanto, que la emergencia social se producirá si la especial vulnerabilidad es preexistente al lanzamiento y cuando la especial vulnerabilidad venga generada por esta situación. No se apreciará la emergencia social cuando, aunque se produzca el lanzamiento, afecte a personas que no se encuentren en estas circunstancias, y en el caso del artículo 74 de la Ley 3/2015 si, además, no tienen carencia habitacional.

La concreción del incumplimiento de la función social del derecho de propiedad en un objeto expropiatorio difiere en función de la norma que lo dispone, pudiendo agrupar la legislación en tres ámbitos. Los legisladores de Andalucía, Navarra, Canarias, el País Vasco y la Ley 4/2016, de Cataluña, establecen la expropiación del *uso* de las viviendas que vayan a ser deshabitadas como consecuencia del lanzamiento de su ocupante derivado de una ejecución hipotecaria, en quien concurren unos determinados requisitos de vulnerabilidad. Asimismo, la legislación de la Comunidad Valenciana y Extremadura se refiere al mismo supuesto que el dispuesto en este primer conjunto normativo, salvo porque el objeto de la expropiación recae sobre el *usufructo*. Finalmente, la Ley 18/2007 y el Decreto-ley 1/2015, de Cataluña, se refieren al *usufructo* de una vivienda deshabitada, relacionándolo en el último caso con la deshabitación como consecuencia del incumplimiento de las condiciones de habitabilidad, pero sin vincularlo a la ejecución hipotecaria ni a la vulnerabilidad de su ocupante. El hecho de que se expropie el uso o el usufructo de la vivienda significa que no alcanza a la nuda propiedad. Por ello, no se trata de una expropiación plena o total porque solo afecta a una facultad del dominio, según permite el artículo 2 REF. Debemos referirnos, en primer término, al hecho de que ninguna normativa estatal define qué debe entenderse por *vivienda*, ni tampoco cuándo se considera

que está *deshabitada*, un elemento fundamental porque estas normas inciden en la deshabitación existente o en la inmediata. Podemos definir la vivienda deshabitada como aquella que, además de reunir los requisitos para que la edificación sea calificada de vivienda, es decir, que cumpla con las condiciones de habitabilidad, que esté deshabitada sin causa justificada —en el caso de la Ley 18/2007, de Cataluña, y en el País Vasco—, o sin incurrir en una exclusión normativa —en el resto de la legislación—, durante un determinado plazo.

Una vez establecida la definición de vivienda deshabitada, es necesario advertir, en cuanto al contenido de la expropiación en el Derecho Civil estatal, que el derecho de *usufructo* habilita a poder disfrutar de los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, excepto que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa, según prevé el artículo 647 del Código Civil. Sin embargo, el derecho de *uso* solo permite que el usuario ejerza el derecho real a poseer y utilizar el bien que constituye su objeto, en atención a sus necesidades y a las de su familia, de conformidad con el artículo 524 del Código Civil. En consecuencia, la principal implicación práctica respecto del objeto de la expropiación es que el derecho de uso, con carácter general, es intransmisible, en virtud del artículo 525 del Código Civil, porque se trata de un derecho personalísimo, a diferencia del derecho de usufructo, que puede transmitirse. Complementariamente y en sentido opuesto, aunque el artículo 562-4 del Código Civil de Cataluña[31] configura el derecho de uso como intransmisible, permite disponer de este si media el consentimiento del propietario. En este sentido, resulta necesario señalar que en Cataluña, debido a la configuración del derecho de uso, habría sido suficiente su expropiación sin alcanzar al derecho de usufructo que establecen la Ley 18/2007 y el Decreto-ley 1/2015, como se realiza en la Ley 4/2016, de Cataluña, pese a que la percepción de los frutos se encuentre también limitada. Sin embargo, en la actualidad dos normas prevén la expropiación temporal de viviendas, en dos modalidades vigentes referidas al uso y una al usufructo, por lo que habría sido conveniente una mayor armonización del objeto de la expropiación en Cataluña.

A la consideración sobre la intransmisibilidad del derecho de uso, se le añade que las finalidades de la expropiación, previstas en el artículo 1.1 LEF, se concretan en el arrendamiento y la ocupación temporal, además de la venta, la permuta, el censo, o la mera cesación del ejercicio del derecho expropiado. En consecuencia, el arrendamiento[32] es la única finalidad que puede articularse mediante la expropiación forzosa, no así la ocupación temporal porque está vetada para las viviendas en virtud de la prohibición expresa contenida en el artículo 109 LEF. A pesar de que ambos derechos admitan la posibilidad de percibir frutos en su disposición —aunque con contenido diferente, según expresan el artículo 471 del Código Civil para el usufructo en un sentido amplio, y el artículo 524 del Código Civil para el uso limitándolo a la satisfacción de las necesidades del usuario y su familia—, lo cierto es que el único derecho que

otorga la posibilidad de arrendar la vivienda y disponer enteramente de los frutos es el usufructo. El derecho de uso solo sería susceptible de una cesión a favor del beneficiario de la expropiación, pero el beneficiario y futuro arrendatario tendría que satisfacer la totalidad del justiprecio en la normativa catalana, y una parte en concepto de contribución a su pago en el resto de la legislación. Dicha contribución impide *per se* calificar la cesión posterior del inmueble de gratuita por completo, porque a pesar de la inexistencia de precio, se ha producido el abono de una contraprestación previa al arrendamiento.

Para que esta aparente imposibilidad jurídica de arrendar una vivienda sobre la que la Administración solamente ha expropiado el derecho de uso no se convierta en una imposibilidad material de constituir el arrendamiento, podemos entender que aunque el uso y el usufructo no son derechos asimilables ni equivalentes, ambos deben permitir ceder la vivienda de manera forzosa para cumplir con el fin de la expropiación. Las normas que han previsto la expropiación temporal del uso de viviendas pretenden crear una medida de arrendamiento forzoso, aunque intervenga la Administración como parte, de modo que poco sentido tendría que la Administración expropiase el derecho de uso de una vivienda deshabitada para que, posteriormente, no se pudiese ceder. Además, la intransmisibilidad del derecho de uso puede quedar en entredicho cuando, en atención a la satisfacción de determinados intereses públicos, se altera esta característica[33]. De esta manera, se evita que el uso de conceptos taxativos impida el correcto alcance de la medida, como sucedió en el arrendamiento forzoso de viviendas desocupadas[34] en el que se podía mantener ocupada una vivienda sin habitarla y evitar la aplicación de este instrumento. Debe considerarse, por tanto, que el objeto de la expropiación se refiere al uso habitacional de la vivienda. En consecuencia, se tiene que prescindir de la restricción conceptual para armonizar la normativa y poder constituir un arrendamiento, bien sea de forma ordinaria o considerando que la cesión en virtud del derecho de uso expropiado es onerosa por haber satisfecho el justiprecio, aunque sea en forma de contribución a su pago.

La configuración de la expropiación en los territorios donde se ha previsto tiene como elemento común que la intervención sobre el objeto es temporal[35], por un plazo máximo que oscila entre tres y diez años. Se establece un plazo de tres años improrrogables en Andalucía, Canarias, en la medida expropiatoria prevista en el artículo 74 LVPV, del País Vasco, en el artículo 17 de la Ley 4/2016, de Cataluña, y en Extremadura[36]. Este plazo de tres años se dispone prorrogable a tres años más en la Comunidad Valenciana[37]. En Navarra, se prevé un plazo máximo de cinco años improrrogables[38], un plazo que también se dispuso en el artículo 42.6 de la Ley 18/2007, de Cataluña, ya derogado. Este plazo también lo establece el País Vasco en el artículo 59 LVPV —que articula el arrendamiento forzoso de viviendas deshabitadas mediante la expropiación temporal del uso de viviendas—, pero puede prorrogarse hasta cinco

años más. Finalmente, se determina un plazo mínimo de cuatro años y máximo de diez años en el artículo 4.3 del Decreto-ley 1/2015 y en el artículo 15 de la Ley 4/2016, de Cataluña. Por lo que respecta al plazo de la expropiación, el artículo 13.2 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos[39] —en adelante LAU 1994— dispone que el arrendamiento otorgado por un usufructuario o quien tenga un derecho de goce sobre la vivienda arrendada se extingue a la finalización del derecho del arrendador, motivo por el cual una vez ha concluido el plazo de la expropiación, por vencimiento del derecho que permite el arrendamiento, se extingue también este. Sería oportuno que la finalidad tuitiva que cumple el artículo 9 LAU 1994, respecto del plazo mínimo, y el artículo 10, sobre la prórroga del arrendamiento, fuese respetado por el plazo de la expropiación temporal del uso de viviendas. En consecuencia, el plazo de la expropiación debería coincidir con el previsto en materia de arrendamientos urbanos, de tres años de plazo mínimo y un año más de prórroga, para evitar agravios comparativos. Además, cabe señalar que en ninguna de estas normas se prevén unos elementos reglados para que la Administración decida discrecionalmente el plazo de la expropiación, puesto que el uso de cualquier potestad discrecional debe informarse de unos elementos reglados para que su ejercicio no sea arbitrario. Convendría un desarrollo reglamentario de este extremo para evitar apreciaciones subjetivas, como la recuperación de la inversión para garantizar las condiciones de habitabilidad, en el caso del artículo 4.3 del Decreto-ley 1/2015, de Cataluña, en lugar de atender a la necesidad habitacional del beneficiario.

La temporalidad de la expropiación permite corregir y orientar una finalidad no satisfecha sin esta intervención pública. Cuando desaparece esta característica, aunque la *expropiación-sanción* o expropiación total del derecho de propiedad haya sido admitida como apta por el Tribunal Constitucional[40], se desvanece la finalidad correctiva de la medida, sustituyéndola por un instrumento definitivo e irreversible. A través de un mecanismo eventual como la expropiación temporal, lo que en un inicio supone una imposición, para dar cumplimiento al *deber de destinar la vivienda libre al uso habitacional*[41] (MOREU CARBONELL, 2014, 385-386), de manera habitual y sin exigir la permanencia, puede ser asumido por el propietario como una obligación natural; se trata de una obligación de medios[42] (VALLADARES RASCÓN, ORDÁS ALONSO, 2013, 226-230), en atención a que la finalidad de la medida consiste en el destino habitacional de las viviendas, bien sea de forma voluntaria o impuesta. La extensión de esta obligación plantea diferencias sustanciales entre España y el Reino Unido. En España, solamente el propietario tiene el deber de destinar la vivienda al uso habitacional, mientras que en el Reino Unido el *relevant proprietor*, es decir, el propietario o el arrendatario de más de siete años, debe destinarla de forma efectiva al uso habitacional. Por el contrario, en el arrendamiento de vivienda protegido, el arrendatario tiene el *deber de habitar la vivienda*, es decir, de

destinarla al uso habitacional de manera permanente. Este deber implica una obligación de resultado, porque dicho incumplimiento comporta el desahucio del beneficiario o arrendatario que no destine la vivienda a su domicilio habitual y permanente, según dispone el artículo 138.6 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial[43], y la comisión de una infracción grave en virtud del artículo 153 b) apartado 6.

Para finalizar, el régimen jurídico aplicable al arrendamiento derivado de la expropiación temporal del uso es el del arrendamiento de vivienda, según el artículo 4.2 LAU 1994. Este régimen conlleva dos consecuencias. En primer lugar, la ejecución del contrato y la litigiosidad que pueda derivarse, aunque la Administración actúe como parte arrendadora, se ventilarán en la jurisdicción civil. Esta apreciación se debe a la competencia objetiva por razón de la materia que establece el artículo 249.1.6.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil[44], y a la inexistencia de un foro especial de competencia por la intervención de la Administración. En segundo lugar, de conformidad con el artículo 5 LAU 1994, se excluyen de la legislación de arrendamientos urbanos, y por ende del ámbito de aplicación de la expropiación temporal del uso, las viviendas asignadas por razones laborales, las viviendas militares, las viviendas adscritas al aprovechamiento de la finca, las viviendas universitarias y la cesión de una vivienda para finalidades turísticas.

B) Los sujetos de la expropiación: la adecuación constitucional de las personas jurídicas financieras

La expropiación temporal del uso, como medio para arrendar una vivienda, se ejecuta en dos fases: en la primera fase, se realiza la expropiación temporal del uso de la vivienda, interviniendo como sujetos la Administración expropiante, el beneficiario y el sujeto expropiado; y, en la segunda fase, mediante la formalización del contrato de arrendamiento, los dos primeros sujetos devendrán partes del contrato de arrendamiento como arrendador y arrendatario respectivamente. Los sujetos que centrarán la atención de este subapartado son el beneficiario y el sujeto expropiado, por las particularidades que presenta su determinación. La expropiación forzosa requiere de un beneficiario cuya concreción difiere según la norma a la que nos refiramos. En la Ley 18/2007, en el Decreto-ley 1/2015, en la Ley 4/2016, de Cataluña, no se establecen unos requisitos para poder ser beneficiario; en consecuencia, puede expropiarse temporalmente el uso a favor de un tercero ajeno a la vivienda. En el resto de la normativa, se exige al beneficiario el cumplimiento de una serie de requisitos, que se refieren a establecer la residencia habitual y permanente en la vivienda objeto de la expropiación, ostentar la condición inicial de propietarios de la vivienda, que el lanzamiento

pueda generar una situación de emergencia o exclusión social, y cumplir con determinados requisitos de falta de capacidad económica.

Por lo que respecta al sujeto expropiado, puede referirse a una persona *física o jurídica*, como se prevé en el artículo 4.3 del Decreto-ley 1/2015, de Cataluña, para quienes adquieran una vivienda en un procedimiento de ejecución hipotecaria, en el artículo 59 LVPV para el titular de la vivienda deshabitada, en el artículo 15 de la Ley 4/2016, de Cataluña, para el titular de la vivienda que se encuentre en situación de exclusión residencial, y en el artículo 17 de la misma norma para el ejecutante. Pero también puede dirigirse solamente a una persona *jurídica*[45] como en el resto de normas, en relación con las entidades financieras, sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos inmobiliarios, a las que denominaremos *personas jurídicas financieras* porque actúan en el mercado inmobiliario con ánimo de lucro. Recaerán en el ámbito subjetivo de aplicación cuando hayan instado un procedimiento de ejecución hipotecaria —y de desahucio por impago de rentas en el artículo 74 LVPV, del País Vasco— y resulten adjudicatarias de la vivienda objeto de ejecución en la subasta judicial. Estas normas focalizan la intervención en materia de vivienda en las personas jurídicas, sin diferenciar entre públicas o privadas. Sin embargo, únicamente podrá recaer en personas jurídicas públicas si son titulares de viviendas libres, porque estas carecen de la característica de la inalienabilidad de los bienes de dominio público, a diferencia de las viviendas protegidas. Igualmente, las normas tampoco precisan qué pasaría si los procedimientos de asignación de viviendas públicas se alargasen más allá de los seis meses, plazo máximo durante el que una vivienda puede estar desocupada sin una intervención pública, aunque parece que por el objeto, referido a una vivienda protegida, tampoco sería susceptible de intervención. Resulta paradójico que estas normas no se apliquen a otras personas jurídicas que puedan actuar en el mercado inmobiliario con el mismo ánimo de lucro, como por ejemplo entidades inmobiliarias, promotoras y fondos de inversión. La diferencia de trato debería estar justificada de manera objetiva y razonable para no incurrir en la contravención del artículo 14 CE, relativo al derecho a la igualdad (MOREU CARBONELL, 2014, 401, y ARGELICH COMELLES, 2014, 193-194). En este caso, esta diferencia de trato es, además, contraria a los principios del proceso de reestructuración bancaria, porque existen entidades como la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria[46], cuyo objeto social es la desinversión en el mercado inmobiliario, sobre la que no se está interviniendo.

La mayor parte de las normas de expropiación temporal del uso han sido recurridas ante el Tribunal Constitucional —excepto el Decreto-ley 1/2015 y la Ley 4/2016, de Cataluña, y las recientemente aprobadas en la Comunidad Valenciana y Extremadura—, y en aplicación del artículo 161.2 CE se ha suspendido su eficacia. El motivo de impugnación de carácter sustantivo viene determinado por la apreciación de una discriminación arbitraria entre los propietarios de vi-

viendas incursos en procedimientos de ejecución hipotecaria, ya que solamente se expropia el uso de la vivienda a los propietarios que sean personas jurídicas financieras, vulnerando el principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE. Los motivos de impugnación de carácter competencial, comunes a estas normas, cuestionan su encaje porque definen el contenido esencial del derecho de propiedad, una materia de competencia estatal en virtud del artículo 149.1.18.ª CE, e implican un trato desigual al no disponerse en todo el Estado, según lo establecido en el artículo 149.1.1.ª CE. Sobre la vulneración de la igualdad, podemos afirmar que el trato desigual[47] afecta al propietario y a la entidad financiera como sujetos diferenciados. Respecto de la aplicación de estas medidas a las personas jurídicas financieras, es necesario señalar que estas entidades no requieren de manera inmediata la vivienda expropiada porque forma parte de su actividad económica, y ven cubiertos los costes que supone la expropiación forzosa mediante la indemnización correspondiente. El Tribunal Supremo ha expresado sobre esta eventual vulneración, en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, que la diligencia[48] de una persona jurídica para cumplir el ordenamiento jurídico es mayor a la exigible a una persona física, porque en este caso el límite es el artículo 1104 del Código Civil. La posición de las entidades financieras en el ámbito económico tiene un carácter particular porque su actividad es de interés económico general, y una parte de ellas han recibido ayudas públicas[49] para su restructuración, e incluso algunas tienen capital público, como en el ámbito de la vivienda constituye un claro ejemplo la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria. Sobre el principio de igualdad, el Tribunal Constitucional expresó en la STC 50/1991, de 11 de marzo[50], que exige tratar de distinto modo a lo que es diferente, y la STC 186/1993 de 7 de junio[51] precisó que los derechos y deberes de los ciudadanos no requieren de un tratamiento unitario en todo el territorio estatal. En consecuencia, es posible afirmar que las normas de expropiación temporal del uso de viviendas no vulneran la igualdad respecto del establecimiento como sujeto pasivo de las personas jurídicas financieras.

C) Las reglas de distribución del justiprecio como alteración máxima de la expropiación

Toda expropiación se rige por el principio de indemnidad porque es una técnica de conversión de derechos, del bien expropiado a su valor económico, incrementado en un 5% por el premio de afección, que cubre el daño moral de la expropiación. En la expropiación temporal de viviendas, la persona beneficiaria deberá pagar a la Administración expropiante el *justiprecio completo*, como se prevé en el artículo 4 del Decreto-ley 1/2015 y en las expropiaciones previstas en los artículos 15 y 17 de la Ley 4/2016, de Cataluña, o una cantidad

en concepto de *contribución al pago del justiprecio,* en una cuantía que no ultrapase el justiprecio y que no supere cierta proporción de los ingresos de la unidad familiar, esto es: en el País Vasco, un importe no superior al 30% de los ingresos, y no superior al 15% si los ingresos no alcanzan el salario mínimo interprofesional, de conformidad con el artículo 74.6 LVPV; en Extremadura, una cuantía no superior al 30% de los ingresos de la unidad familiar sin excepción, como prevé el artículo 2 LESVE; o un valor no superior al 25% de los ingresos, en Andalucía, Navarra, Canarias y la Comunidad Valenciana[52]. Estas normas no precisan los criterios objetivos para calcular la contribución del beneficiario, ya que fijan solamente el máximo, que oscila entre el 25% y el 30% de los ingresos de la unidad familiar, pero sin establecer un mínimo o unos baremos para el cálculo[53]. Tampoco prevén la contingencia del impago de la contribución al justiprecio del beneficiario, aunque en este caso quien satisfará el justiprecio será la Administración expropiante[54], como sucede en una expropiación ordinaria. A pesar de esta elusión normativa, todas las normas establecen que se controlará el pago de las cantidades a las que esté obligado el beneficiario. De esta previsión se desprende que el incumplimiento del pago puede conllevar la pérdida de la condición de beneficiario, originando a su vez el derecho de reversión por parte del sujeto expropiado. Para evitar este supuesto, que si la medida se aplicase ostensiblemente cabe suponer que sería frecuente, estas normas deberían haber previsto supuestos de exención cuando el beneficiario tenga insuficiencia económica o falta de ingresos para afrontar el pago del justiprecio.

La contribución al pago del justiprecio permite suplir dicha obligación por razones de justicia social, puesto que se trata de personas que van a ser lanzadas de su vivienda y en cuyo favor se realiza la expropiación. A efectos prácticos, poco sentido tendría que a una persona con insuficiencia económica se le hiciese pagar de forma completa el justiprecio. Sin embargo, tampoco le resultará posible satisfacer esta contribución para la obtención de un beneficio consistente en la utilización de la vivienda por el plazo de la expropiación. Esta contribución del beneficiario supone una exención parcial del pago del justiprecio al que de manera ordinaria está obligado el beneficiario, en virtud del artículo 5.2 apartado 5 REF. Cuando las normas disponen esta aportación al justiprecio, lo prevén para no incumplir con dicha obligación. Este elemento permite afirmar que, si por razón del instrumento utilizado para constituir un arrendamiento se tiene que alterar su configuración ordinaria, no es apropiado para las situaciones que pretende mitigar, tales como la carencia habitacional ante el lanzamiento producido por la insuficiencia económica del deudor hipotecario, y de este sujeto junto con el arrendatario en el caso del País Vasco. Además, la exigencia que tiene la expropiación en cuanto a la satisfacción de una indemnización permite afirmar que se trata de una medida que siempre se encontrará vinculada a la disponibilidad presupuestaria[55] de la Administración

expropiante. Únicamente Andalucía delimita esta vinculación presupuestaria estableciendo que, en términos anuales, el gasto destinado a esta actuación será el equivalente al realizado en los recargos por presentación extemporánea de las fianzas de los arrendamientos y suministros, así como sus intereses de demora. La supeditación de la eficacia de la medida a la disponibilidad presupuestaria denota que, de aplicarse, sería un instrumento que no podría tener todo el alcance deseable. Finalmente, la expropiación no es un instrumento apropiado para esta finalidad si requiere de esta financiación, porque contraviene los principios de eficiencia y economía del gasto público, según los artículos 31.2 y 33.3 CE.

2. La configuración de las *Empty Dwelling Management Orders*: un estudio comparado con la legislación autonómica de acceso a la vivienda

En relación con las medidas relativas a las viviendas vacías que puede ejecutar la Administración, en Inglaterra y en Gales existe una orden de gestión de viviendas vacías denominada *Empty Dwelling Management Order* o EDMO (DRISCOLL, 2007, 243, y ESCAJEDO, GARRIDO, GORROTXATEGUI, 2011). Esta orden la dicta una autoridad local, siguiendo un procedimiento establecido en la *Housing Act 2004* —en las secciones 132 a 138 y en las *Schedules* 6 y 7—, y en ningún caso supone la expropiación de la vivienda objeto de la intervención. Este mecanismo se impone como consecuencia de la deshabitación de la vivienda durante dos años por parte del *relevant proprietor* o el titular de la vivienda deshabitada y, en su defecto, quien sea arrendatario de la vivienda durante como mínimo siete años. La ampliación del sujeto que deshabita la vivienda al arrendatario en estas condiciones se debe a que en el Reino Unido no solo se le considera como una parte del contrato sino como un *leaseholder*[56], es decir, tiene un dominio pleno limitado a la duración del arrendamiento, que puede ser enajenado o gravado.

A) Interim Empty Dwelling Management Order: *objeto, excepciones y procedimiento*

Una EDMO se puede dictar de forma provisional, con una duración máxima de un año; se trata de la *Interim Empty Dwelling Management Order*[57], en adelante IMO. Su finalidad consiste en garantizar el uso habitacional de la vivienda deshabitada transfiriendo su gestión a la *Local Housing Authority* o autoridad local de vivienda —en adelante LHA—, por un periodo de hasta doce meses. Durante su vigencia, la autoridad local puede gestionar la vivienda mediante diferentes acciones tendentes a asegurar la posesión de la vivienda, por ejemplo,

a través de un arrendamiento, o ejecutar una actividad que debía haber efectuado el arrendador, como la realización de obras de conservación. Además, la LHA está habilitada para cobrar las rentas del arrendamiento con el consentimiento del *relevant proprietor,* y disponer de este dinero y del que genere el ejercicio de su responsabilidad en la gestión de la vivienda. Para poder ejecutar una IMO, la autoridad local tiene que formalizar una solicitud al *Residential Property Tribunal*[58] —en adelante RPT— (MCGRATH, 2005, 35-37), que es el órgano administrativo habilitado para adoptar las decisiones necesarias para su válida constitución. La sección 134 *Housing Act 2004* establece que antes de que la LHA formalice la solicitud, para que el RPT pueda evaluar correctamente los intereses de la comunidad y el efecto de la orden sobre el titular de la vivienda y sobre terceros, debe probar los siguientes elementos: los intentos de notificación al *relevant proprietor* informando de la eventual existencia de una EDMO; las acciones que se están efectuando al respecto para asegurar la ocupación de la vivienda; la asistencia proporcionada al *relevant proprietor* para que habite la vivienda; la información que corrobore que la vivienda concurre en una de las excepciones que posteriormente se analizarán; y la clasificación de esa vivienda como objeto de la *Council Tax,* de conformidad con la *Local Government Finance Act*[59] *2012*.

La autorización que la autoridad local solicita al RPT debe confirmar el cumplimiento de los requisitos para el dictado de una IMO, referidos a la deshabitación, a su permanencia en defecto de intervención y a la ausencia de exclusiones de la medida. La vivienda tiene que haber estado deshabitada completamente, es decir, no puede estar habitada ni legal ni ilegalmente —admitiendo a precaristas y a quienes ocupen la vivienda sin consentimiento—, durante dos años, y no puede pertenecer a ningún ente público, como disponen las secciones 133 (2) y 134 (2) a). Este plazo de dos años, que coincide con el previsto por el legislador catalán en la Ley 18/2007, se ha visto sujeto a una modificación respecto del inicialmente establecido de seis meses por considerarlo demasiado exigente[60] (WILSON, 2016, 19, HENDERSON, 2015, 67, DEPARTMENT FOR COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENT, 2012, 4, y DEPARTMENT FOR COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENT, 2011, 41). En segundo lugar, esta deshabitación debe continuar en un futuro próximo, según exige la sección 134 (2) b), se tiene que notificar al *relevant proprietor,* y se deben evaluar las posibilidades de habitación de dicha vivienda, de conformidad con la sección 134 (2) c) y d). Finalmente, en el supuesto de hecho concreto, no tiene que concurrir ninguna exclusión de las que prevé la sección 134 (6). Es necesario aludir que en la legislación de Andalucía, Navarra y Canarias se dispone un catálogo de excepciones a la medida expropiatoria, que incluye los inmuebles de uso turístico[61], las viviendas de esparcimiento o recreo, y las viviendas arrendadas por temporadas[62].

Respecto de las exclusiones de las IMOs, la primera de ellas se refiere a las segundas residencias, una excepción también contenida en Andalucía,

Navarra, Canarias y el País Vasco[63], aunque en este último caso se establece como justa causa que ampara la deshabitación. Podemos señalar también que la vivienda secundaria quedaría excluida si interpretamos la definición de vivienda del artículo 3 a) de la Ley 18/2007, de Cataluña, con el artículo 3 c), que define la vivienda secundaria o segunda residencia como la que es utilizada de modo intermitente o en estancias temporales. Un ejemplo se encuentra en las segundas o ulteriores residencias, respecto de las cuales no cabe considerar si están habitadas o no[64], sino que se excluyen *per se*. Por ello, la cuestión relevante se centra en la prueba de que estas viviendas son de esparcimiento o de recreo, para que se pueda apreciar la excepción. Asimismo, se identifican como exclusiones las viviendas cuyo *relevant proprietor* haya cambiado de residencia temporalmente, las viviendas en las que se estén realizando obras de rehabilitación o reforma, las viviendas cuyo *relevant proprietor* esté a la espera de obtener los permisos para efectuar estas obras, las que se hayan puesto a la venta u ofertado en arrendamiento de forma efectiva, como también se prevé en el País Vasco en el artículo 56.2 LVPV, y las que formen parte de una herencia yacente. Además de estas causas, en el País Vasco se contiene otra, referida a la desocupación cuando el titular de la vivienda sea una entidad sin ánimo de lucro que la destine a atender a colectivos vulnerables.

Estas exclusiones están desarrolladas con el mismo contenido en el artículo 3 *Housing (Empty Dwelling Management Orders) (Prescribed Exceptions and Requirements) (England) Order*[65] *2006,* de Inglaterra, y en el artículo 3 *Housing Order (Empty Dwelling Management Orders) (Prescribed Exceptions and Requirements) (Wales) 2006,* de Gales[66]. Podemos clasificarlas entre las que obedecen a razones subjetivas, relacionadas con el *relevant proprietor,* u objetivas, respecto de la vivienda. En lo que se refiere al *relevant proprietor* amplían los casos a dos. En primer lugar, la ausencia a causa de la edad avanzada, discapacidad, enfermedad, toxicomanía o alcoholismo, o por atender a una persona que se encuentre en estas circunstancias. El artículo 3 d) de la Ley 18/2007, de Cataluña, se refiere al cambio de domicilio por una situación de dependencia, definida en el artículo 2.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia[67] como el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que precisan de la atención de otra u otras personas, o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o de otros apoyos para su autonomía personal. Por su parte, el legislador vasco amplía la causa contenida en la norma catalana a los supuestos de traslado de domicilio por razones de salud, de dependencia o emergencia social que justifiquen la necesidad de desocupar temporalmente la vivienda, según el artículo 56.2 LVPV. La segunda excepción referida al *relevant proprietor* se concreta en la ausencia como consecuencia de la prestación de servicios como integrante de las fuerzas armadas. Esta excepción no podría incluirse en nuestro ordenamiento jurídico,

porque contraviene el derecho a la igualdad del artículo 14 CE. En nuestro ordenamiento jurídico, solo es admisible una causa genérica que no discrimine en función del cargo o profesión que se ejerza. El legislador vasco, en el artículo 56.2 LVPV, y el legislador catalán, en la justa causa prevista en el artículo 3 d) de la Ley 18/2007, consideran que constituye una causa justificada para la deshabitación continuada el traslado de domicilio por razones laborales. Este traslado debe entenderse como el cambio del centro de trabajo que conlleve el cambio del lugar de la residencia habitual —debido a la movilidad geográfica que permite el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores[68]—, según se desprende del concepto de *domicilio*[69] del artículo 40 del Código Civil, equiparable a la residencia habitual (GÓMEZ LAPLAZA, 2009, 159). Para apreciar la necesidad del cambio de residencia, debe atenderse a la distancia, la posibilidad de utilización de transporte público y los medios ofrecidos por el empleador.

Por lo que respecta a las excepciones que se refieren a la vivienda, las *Housing Orders* de Inglaterra y Gales las extienden a los siguientes supuestos: la utilización residencial por un ministro de culto; la imposibilidad de disponer de la vivienda por orden judicial; que la vivienda sea objeto de investigación en un procedimiento penal; la ocupación de la vivienda por un empleado del *relevant proprietor* en ejercicio de sus obligaciones laborales; que la vivienda sea objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria; y la ocupación de la vivienda de carácter temporal por el *relevant proprietor* o por sus invitados. En correspondencia con la litigiosidad de la vivienda dispuesta en esta exclusión, en Cataluña, se considera como justa causa de deshabitación que la vivienda sea objeto de un litigio judicial pendiente de resolución. Esta justa causa se prevé porque resulta preferente la correcta —y sin alteración de las circunstancias iniciales— resolución judicial del litigio, cuyo objeto es la vivienda deshabitada, que su expropiación temporal para destinarla al uso habitacional. Conviene apuntar que, en la legislación catalana, se dispone como justa causa de deshabitación el abandono de la vivienda en una zona rural en proceso de pérdida de población. En relación con la pérdida de población, en Inglaterra y en Gales se desarrollan las circunstancias en las que se debe encontrar la vivienda antes de dictar una IMO en las *Housing Orders* (DRISCOLL, 2007, 11, y DEPARTMENT FOR COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENT, 2004). Estas circunstancias están relacionadas con el ejercicio antisocial del derecho de propiedad y los incumplimientos de los deberes del propietario, y pueden ocasionar pérdida de población si no se produce una intervención pública. Estas circunstancias se refieren a: que la zona en la que se encuentre la vivienda esté experimentando un problema significativo y persistente de índole antisocial; que este problema se deba a la conducta antisocial de quien reside en la vivienda; que el propietario de la vivienda sea un arrendador del sector privado; que el propietario de la vivienda no tome medidas para eliminar el problema y resulte apropiado que lo haga; y que una IMO combinada con

otras medidas adoptadas por la autoridad local u otras personas junto con esta reduzca o elimine ese problema.

Ninguna de las disposiciones analizadas detallan de forma pormenorizada qué sucedería en otros casos en los que la deshabitación pudiese cuestionarse como suficiente para impulsar estas medidas. Algunos supuestos podrían referirse a cuando una vivienda se encuentre habitada de forma parcial, por ejemplo mediante una ocupación del 10%, o su destino al uso habitacional durante un mes en el transcurso de un año. En estos casos, entendemos que esta deshabitación, aunque sea parcial, habilita igualmente al ejercicio de estas medidas por dos razones: además de un argumento meramente formalista, esto es, que no se encuentra previsto como una causa que enerve dicha expropiación, se trata de una habitación tan parcial o defectuosa que la podemos equiparar a la deshabitación, con las consecuencias que de esta calificación se derivan. Otros casos que cabe analizar comprenden a las viviendas desocupadas porque son objeto de una oferta de venta o de arrendamiento por precio superior al del mercado, o al del mercado durante el último año, o al del promedio de los últimos cinco años, o a un precio superior al precio medio en la localidad para viviendas semejantes. En estos casos, no puede reputarse como causa justificada la expectativa de obtener un precio más elevado en la venta de la vivienda, porque de esta manera se podría mantener deshabitada una vivienda ofreciendo un precio fuera de mercado por elevado. Recientemente, debido a la crisis inmobiliaria, se produce un nuevo supuesto sobre el que debemos pronunciarnos, que es el relativo a la construcción de un edificio de viviendas prácticamente en su totalidad pero que permanezca en estado de construcción. No sería exigible su destino al uso habitacional ni el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad porque la edificación no podría calificarse de vivienda, debido a que su construcción no ha finalizado. En este caso, la eventual imposición de una IMO tendría que ordenar la realización de las obras necesarias para destinar la vivienda al uso habitacional. Respecto de la legislación autonómica, solamente se podría ejecutar la expropiación temporal del usufructo prevista en el artículo 4.3 del Decreto-ley 1/2015, de Cataluña, que es la única que vincula la deshabitación al incumplimiento de las condiciones de habitabilidad y faculta a la Administración a ejecutar subsidiariamente las obras de conservación necesarias para arrendar la vivienda.

Retomando el procedimiento administrativo para ordenar y ejecutar una IMO, una vez que el RPT aprecia la concurrencia de los requisitos analizados y autoriza a la LHA a aplicarla, su cumplimiento debe efectuarse en los términos presentados su propuesta de EDMO; en consecuencia, si quiere modificar la orden, debe solicitar de nuevo la aprobación del RPT. Cuando el RPT apruebe una orden que determine el arrendamiento de la vivienda, puede incluir en ella la indemnización al *relevant proprietor,* y cabe la posibilidad de que durante su ejecución ordene a la LHA que indemnice a terceros por cualquier injerencia en

sus derechos. La autoridad local puede ejecutar una IMO a pesar de cualquier recurso pendiente contra la orden de gestión, sin perjuicio de cualquier resolución posterior sobre la eliminación de dicho recurso. Asimismo, debe proceder a su revocación si lo considera apropiado. Finalmente, se hace responsable de las obras que se tengan que realizar para garantizar el cumplimiento de las condiciones de habitabilidad —de igual forma que se prevé en el artículo 4 del Decreto-ley 1/2015, de Cataluña—, recuperando la inversión con las rentas que se deriven del arrendamiento de la vivienda, que en ningún caso estarán fuera del precio de mercado.

Las facultades y obligaciones que otorga el dictado de una IMO a la LHA, según la sección 135 *Housing Act 2004,* se concretan en que debe asegurarse de que la vivienda se esté ocupando y de su adecuado estado de conservación, por ejemplo contratando un seguro ante la eventual destrucción o incendio de la vivienda. Respecto del *relevant proprietor,* la autoridad local puede concluir que, debido a su ausencia, no existen posibles acciones para que destine la vivienda de manera voluntaria al uso habitacional, en cuyo caso deberá proceder a ejecutar una EDMO definitiva, que se analizará en el siguiente subapartado. La decisión de revocar la orden provisional por una de definitiva no impediría que la autoridad local ejecute medidas coercitivas[70] —que puede realizar durante todo el procedimiento—, destine las rentas del arrendamiento de la vivienda a compensar a terceros por los efectos negativos de la orden, y pague los gastos de la administración de la vivienda o *relevant expenditure*[71].

Al vencimiento del plazo de vigencia de la IMO, la autoridad local, previa deducción de todos los gastos efectuados en la vivienda, incluso los referidos al mobiliario, deberá devolver al *relevant proprietor* los ingresos restantes provenientes de su arrendamiento y sus intereses (ANGEL, 2006, 6-7). La orden puede prever el tipo de interés que debe aplicarse a esta cuantía y los plazos en los que debe efectuarse el pago. La LHA tiene la obligación de establecer correctamente los ingresos y gastos de la vivienda para facilitar su inspección, verificación y copia por parte del *relevant proprietor*. Este podrá solicitar al RPT una orden que declare que el importe de los balances no constituye un gasto de la vivienda y requerir que la autoridad local realice los ajustes financieros necesarios, siguiendo los criterios establecidos por el RPT. Cuando llegado el vencimiento de la orden la renta exceda de los gastos efectuados en la vivienda, la LHA deberá abonar la cuantía correspondiente al *relevant proprietor;* en el supuesto contrario, podrá reclamarle el importe que acordó para revocarla, y en el caso de que sea un arrendatario, una cuantía igual a los gastos pendientes de pago. En el caso de que la autoridad local considere que el *relevant proprietor* se ha negado injustificadamente a prestar el consentimiento para ocupar la vivienda, puede requerirle la satisfacción de un importe que no exceda de la cuantía necesaria para cubrir los gastos efectuados en la vivienda. En el caso de que una IMO se sustituya por una EDMO definitiva, cualquier

superávit o déficit puede ser compensado, siempre que en la orden se habilite esta posibilidad. Las cuantías recuperables por la LHA son consideradas, hasta el momento de su pago, una carga sobre la vivienda, considerada como una *Local Land Charge*[72].

B) Final Empty Dwelling Management Order: *procedimiento y facultades*

Una vez que ha finalizado la vigencia de una IMO, se puede sustituir por otra o por una *Final Empty Dwelling Management Order* —en adelante FMO—, regulada en la sección 136 *Housing Act 2004*, que es una EDMO definitiva por un plazo de siete años en interés de la comunidad o de terceros, sin que la LHA requiera de una nueva autorización del RPT. Para decidir si resulta conveniente su implementación, la autoridad local debe tener en cuenta los intereses de la comunidad y el efecto que tendrá su imposición en el *relevant proprietor* y terceros, como realiza el RPT en el caso de una IMO. Con anterioridad a su aprobación, en un plazo de siete días, la LHA tiene que notificar a los afectados una copia de la orden, que contenga la descripción general de la gestión de la vivienda, y en la que se indique la razón para hacerla efectiva, su inicio y cese, así como el derecho de recurso en un plazo máximo de 28 días. En el caso de que modifique los términos de la orden, deberá realizar de nuevo esta notificación. Al finalizar el plazo del recurso, la FMO entrará en vigor hasta un plazo máximo de siete años, salvo que deje de tener efecto con anterioridad o posterioridad[73]. El propietario puede solicitar su finalización, y será aceptada por la autoridad local cuando la vivienda sea ocupada o se ponga a la venta, aunque puede enajenar la vivienda con esta orden en vigor. Si la vivienda se encuentra ocupada por arrendatarios, no se puede revocar la orden sin el permiso del propietario. Ante su incumplimiento, el *relevant proprietor* puede acudir al RPT para que compela a la autoridad local a la ejecución de la orden en sus términos, su modificación o su revocación. Igualmente, el acreedor de cualquier compensación podrá dirigirse a este órgano administrativo para exigir el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

La FMO debe contener un modelo de gestión, cuyos términos deben ser notificados cuando la LHA esté considerando la posibilidad de ordenarla. El modelo de gestión es un plan que establece las acciones que podrá realizar la autoridad local, y debe incluir los siguientes elementos: las obras que vaya a efectuar en la vivienda; una estimación de la inversión a realizar en la vivienda; la renta que se podría obtener de la vivienda, correspondiente al precio de mercado; la cuantía que la LHA tenga que abonar a un tercero por la afectación a sus derechos como consecuencia de la orden y la forma de su pago; el abono de los fondos restantes al *relevant proprietor* después de haber deducido los gastos efectuados en la vivienda y las indemnizaciones correspondientes; una

previsión de gastos extras para ejecutar correctamente la orden; y una previsión relativa a ulteriores compensaciones después de su finalización. Cuando la renta que se obtenga de la vivienda sea inferior a la del precio de mercado, la FMO deberá detallar la diferencia entre la renta obtenida y los gastos e indemnizaciones efectuados, el pago de cualquier cantidad restante al *relevant proprietor*, y la deducción de cualquier cuantía pendiente que la LHA le pueda exigir. La orden de gestión también puede indicar el destino de la renta al pago de los gastos de la vivienda o intereses, la compensación de pagos pendientes, la compensación de los déficits eventuales entre la IMO y la FMO, y la recuperación de los gastos efectuados en la vivienda. La autoridad local tiene la obligación de mantener actualizados los ingresos y gastos efectuados en la vivienda para que los pueda consultar el *relevant proprietor* o quien tenga un interés legítimo. Respecto de los acuerdos financieros sobre la terminación de la orden, si a su finalización queda pendiente de pago algún gasto, la LHA lo abonará en los términos que se hayan establecido en la orden. Sin embargo, si una vez ejecutada la cuantía de la renta es inferior al importe de los gastos efectuados, el *relevant proprietor* solamente deberá abonar el importe que haya acordado pagar como condición para revocar la orden; cuando la vivienda esté arrendada, deberá satisfacer el importe de cualquier servicio pendiente en virtud del contrato de arrendamiento. En el caso de que la FMO se sustituya por otra FMO, no debe compensarse al final de la primera orden cualquier superávit o déficit, si así se prevé en el plan de gestión.

Las facultades que la LHA tiene al ejecutar esta orden son más amplias que en el caso de una IMO, porque puede ordenar el arrendamiento de la vivienda y ejecutar las obras[74] de conservación por sí misma, sin la autorización del RPT. Sin embargo, deberá comunicar al *relevant proprietor* estas acciones, y este dispondrá de un plazo de catorce días para oponerse, aunque no se requiera de su consentimiento. Podemos advertir que esta forma de gestión en ningún caso supone una expropiación total, porque tiene una duración máxima limitada y es posible solicitar su revocación si el propietario enajena o habita la vivienda. Las obligaciones que se derivan de la ejecución de la FMO, reguladas en la sección 137 *Housing Act 2004,* se refieren a que la autoridad local tiene el deber de asegurar el uso habitacional de la vivienda y realizar una gestión adecuada de acuerdo con las acciones contenidas en la orden, incluyendo el seguro contra el riesgo de destrucción de la vivienda, incendio o menoscabo por otras causas. A estos efectos, debe revisar el cumplimiento de la orden, tomar medidas para asegurar la ocupación en el caso de que la vivienda esté deshabitada, y mantener vigente la orden si es necesario para garantizar el uso habitacional de la vivienda. Con posterioridad a este control sobre la ejecución de la orden, deberá modificarla si lo considera conveniente, y tendrá que revocarla cuando la vivienda esté deshabitada y concluya que no existen medidas apropiadas para asegurar su ocupación. Igualmente, la LHA deberá decidir si tiene que abonar

una indemnización a terceros por los perjuicios ocasionados por esta gestión definitiva, su importe, y la información sobre los recursos ante esta decisión. Esta indemnización también la podrá reclamar el tercero que se vea perjudicado por la EDMO, según prevé la sección 138. En relación con la gestión de la vivienda por parte de la autoridad local, el propietario de la vivienda, pese a que no la pueda usar ni gestionar, encuentra protegido su derecho mediante tres acciones. En primer lugar, la LHA se compromete a buscar una persona que habite la vivienda. En segundo lugar, la ocupación de la vivienda origina un derecho al cobro de la renta a favor del propietario. La renta únicamente se podrá ver reducida si la autoridad local ha realizado obras en la vivienda. En el caso de que la renta no cubra su coste, el propietario no debe satisfacerlo, salvo que enajene la vivienda. Finalmente, la autoridad local es responsable de los desperfectos que se puedan ocasionar en la vivienda por parte de los arrendatarios.

III. *LAW IN ACTION:* VENTAJAS, INCONVENIENTES Y MEJORAS PARA UN *LEGAL TRANSPLANT* DE LAS EDMOS ANTE EL FRACASO EXPROPIATORIO

En los últimos años, las Comunidades Autónomas aludidas a lo largo de este trabajo han dispuesto la expropiación temporal del uso de viviendas para su posterior arrendamiento. Una de las contrariedades comunes a todas las normas es que se han articulado como una solución de contingencia frente a la sobreoferta de viviendas, el creciente endeudamiento y el aumento de los lanzamientos. La expropiación forzosa presenta problemas (ARGELICH COMELLES, 2016, 1-5) de aplicación en este ámbito, puesto que toda expropiación comporta privación de derechos, aunque sea temporal y afecte a una facultad del dominio. Además, la falta de reflexión sobre las medidas a adoptar para reducir las viviendas vacías y mejorar el acceso a la vivienda, más allá de trasladar las previsiones ya dispuestas en algunas Comunidades Autónomas, conlleva que se repitan imprecisiones como la aludida respecto del objeto de la expropiación y su disponibilidad, la focalización del sujeto expropiado en las personas jurídicas financieras, y los desajustes respecto del pago del justiprecio en algunas normas.

Por otra parte, la utilización del mecanismo expropiatorio no respeta el *principio de proporcionalidad ni el de idoneidad*[75] del artículo 103 CE, puesto que se puede arrendar forzosamente una vivienda sin expropiarla, y por tanto supone un sacrificio patrimonial no justificado para el sujeto expropiado, infringiendo los principios de eficiencia y economía del artículo 31.2 y 33.3 CE. Para efectuar un arrendamiento forzoso de vivienda sin acudir a la expropiación basta con que, encomendándonos a una regulación *de lege ferenda*, el legislador prevea que la Administración pueda ordenar su arriendo en virtud

de un acto administrativo que, en caso de no ser atendido por el particular, pueda ser ejecutado forzosamente en virtud de la denominada ejecución subsidiaria de los actos administrativos (ARGELICH COMELLES, 2017, 66-69). Otro inconveniente que plantea la expropiación temporal del uso de viviendas es que queda limitado en los municipios por la naturaleza del instrumento, al carecer de la capacidad de declarar la *causa expropiandi* porque no son titulares de la potestad legislativa, cuando se trata de la Administración más cercana al ciudadano y, por tanto, la que conocerá mejor donde se produce demanda residencial acreditada y viviendas deshabitadas. Finalmente, la expropiación se demora en el tiempo por las garantías que debe cumplir el procedimiento, puesto que está configurado como una transferencia coactiva expropiatoria; la principal consecuencia es que supone un mecanismo poco ágil en este ámbito y no permite atender con celeridad la necesidad urgente de vivienda del beneficiario, de manera que esta medida resulta más efectista que efectiva. Muy probablemente, dado el contexto de acceso a la vivienda actual y la situación económica, esta medida y otras que puedan plantearse se van a perpetuar en el tiempo, cuando inicialmente se crearon como una solución a corto plazo, al igual que ha sucedido con la prórroga de vigencia de la suspensión de los lanzamientos de dos años a cuatro. En una línea parecida al mecanismo expropiatorio autonómico, pero con carácter definitivo o irreversible como nuestra expropiación total del derecho de propiedad, se ha articulado en Inglaterra la *Compulsory Purchase Order* u orden de compra obligatoria. Esta orden supone la compra obligatoria de una vivienda para satisfacer un interés público, de manera que implica la misma intervención que la expropiación total del derecho de propiedad. La *Compulsory Purchase Order* se demora veinte meses desde el inicio del procedimiento hasta su consecución (CERANIC, MARKWELL, DEAN, 2017, 565-566), un problema del que también adolece la expropiación autonómica, y que permite defender otras alternativas como las EDMOs. Existe otro instrumento que implica la venta forzosa de una vivienda, denominado *Enforced Sale*. Esta medida se puede ejecutar cuando una autoridad local ha realizado obras de conservación en un inmueble y el propietario no ha pagado los gastos, con la finalidad de que los asuma. Este mecanismo es más efectivo que el anterior y tiene un uso extendido en ciudades como Manchester, en más de 300 propiedades (HENDERSON, 2015, 77). Ninguno de estos instrumentos deberían incorporarse en España porque supondrían la extensión de los problemas que presenta el mecanismo expropiatorio.

Considerando una posible aplicación de la expropiación temporal, ninguna de estas normas autonómicas, por falta de competencia, reflexiona sobre qué cambios deberían efectuarse en las prestaciones de las partes del arrendamiento de vivienda por la intervención de la Administración como parte arrendadora. En este sentido, el contenido del contrato debe ser revisado en relación con las siguientes prestaciones. En lo que se refiere al destino de la vivienda al uso

pactado, conviene precisar que este uso se concretará en el habitacional sin exigir la permanencia. En contraposición, recuérdese que este deber se agrava en su exigencia en las viviendas protegidas, porque debe mantenerse habitada la vivienda. Respecto de la fianza, regulada en el artículo 36 LAU 1994, se debería suprimir la exigencia de su depósito en un organismo público recaudador, porque al ser la Administración parte arrendadora ya se garantiza un control público sobre la fianza, aunque el organismo público depositante difiera de la Administración arrendadora. En cuanto a las obras de conservación, previstas en el artículo 21 LAU 1994, debe señalarse que aunque la norma únicamente exija el consentimiento del arrendador o las ordene la autoridad competente, también deberá prestarlo el sujeto expropiado como nudo propietario y poseedor mediato, por la afectación que se produce en su derecho. A pesar de que el artículo 21 LAU 1994 disponga que las obras de conservación se ejecutan a cargo del arrendador, en este caso solamente la Administración arrendadora podrá ordenar su realización, bajo apercibimiento de ejecución subsidiaria por sí o a través de un tercero que la Administración ordene en caso de incumplimiento, como sucede en el Decreto-ley 1/2015, de Cataluña. En cuanto al subarrendamiento, se debe limitar en el caso de que sea total, una posibilidad existente pese a su falta de previsión[76] explícita en el artículo 8 LAU 1994. En caso contrario, se estarían suprimiendo los requisitos para ser beneficiario en la práctica, basados en unas determinadas condiciones económicas y necesidades habitacionales. En los casos de sustitución del arrendatario, los subrogantes, además de cumplir con los requisitos para la subrogación previstos en el artículo 16 LAU 1994, deben reunir las mismas exigencias que el beneficiario originario de la medida, para evitar el agravio comparativo que se produciría en caso contrario.

Ante los numerosos inconvenientes y cambios legislativos desatendidos de la expropiación temporal de viviendas, la principal ventaja que poseen las EDMOs es que se configuran como un instrumento de aplicación progresiva y de último recurso, con la finalidad de conseguir el cumplimiento voluntario del propietario. Por este motivo, y por la intervención proporcionada que supone frente a la expropiación, creemos que su incorporación mediante un *legal transplant*[77] en España puede ser un buen mecanismo para mejorar el acceso a la vivienda. Sin embargo, su implementación requiere de algunos matices fruto de leves desajustes en su aplicación. Los *Local Councils* ingleses han aludido que las EDMOs presentan un procedimiento de aplicación demasiado complejo, y que carecen de unidad de actuación porque, debido a la intensidad de la intervención, se plantean diferentes orientaciones políticas sobre cuáles son las medidas más adecuadas (HENDERSON, 2015, 69). Podría parecer, en una primera aproximación, que parte del éxito de las EDMOs radica en que es precisamente la Administración más cercana al ciudadano quien la aplica, que es la que mejor puede conocer donde existen viviendas deshabitadas y demanda residencial. Sin embargo, la expectativa de reducir las viviendas vacías no puede

alcanzarse por completo debido al contexto político e institucional. El complicado encaje práctico de los EDMO se manifiesta también en las resoluciones de los RPTs, que distinguen los diferentes inconvenientes de su aplicación: la diversidad de situaciones en la práctica y la respuesta de los propietarios ante los requerimientos de la LHA; y los comportamientos estratégicos para evitar la imposición de una EDMO, como la solicitud de ocupación de la vivienda por parte del propietario, reclamaciones referentes a la falta de adecuación de la EDMO en la práctica, o demandas relativas a la salud de su propietario (SANDERCOCK, 2003, 401-407). Para evitar estos inconvenientes, los *Local Councils* prefieren utilizar mecanismos como las *Compulsory Orders* y las *Tax Charges o Council Tax* (THE GUARDIAN, 2015).

Respecto de este último instrumento, y a diferencia del impuesto autonómico sobre las viviendas vacías previsto en Cataluña, el País Vasco y Navarra[78], la *Council Tax* permite aplicar un recargo del 50% en este impuesto municipal por mantener una vivienda deshabitada durante dos años. Este recargo tiene dos excepciones, relativas a que se trate de un anexo a la vivienda o que el *relevant proprietor* se encuentre prestando servicio en el extranjero con las fuerzas armadas, una excepción que también se prevé en las EDMOs y que no sería trasladable en España. En la determinación de la base liquidable de la *Council Tax,* el ayuntamiento podrá decidir otorgar un descuento si la vivienda está siendo objeto de una gran reforma o de cambios estructurales y si ha sido renovada. En este sentido, resulta destacable una reciente investigación, según la cual en determinados barrios acomodados de Londres —Kensington y Chelsea— muchas viviendas vacías están siendo objeto de renovación y solo se utilizan por sus propietarios cuando se encuentran esporádicamente en la ciudad (THE GUARDIAN, 2017). En caso de que la vivienda vacía se encuentre a la venta y pertenezca a un propietario que haya fallecido, el impuesto se devengará a partir de los seis meses posteriores al fallecimiento. Además, se han previsto exenciones al pago de este impuesto cuando algún miembro de la unidad familiar se encuentre en prisión, cuando se haya producido un traslado para cuidar de una persona o atender necesidades hospitalarias, cuando la vivienda haya sido recuperada por sus legítimos propietarios, cuando no pueda ser legalmente ocupada —por estar, por ejemplo, abandonada[79]—, o cuando se encuentre vacía porque ha sido objeto de una *Compulsory Purchase Order* y tenga que ser demolida. Mediante la aprobación de la *Local Government Act*[80] *2003,* se eliminaron progresivamente las reducciones de este impuesto municipal, limitándolas desde el 50% al 10% y hasta su desaparición por decisión de las autoridades locales. Este impuesto deberá abonarse en el ayuntamiento donde radique la vivienda deshabitada, y el recargo no se configura con carácter finalista sino meramente recaudador e indirectamente sancionador, como sucede también en el País Vasco y Navarra, aunque en el País Vasco se dispone que con estos ingresos se dote el patrimonio municipal de suelo. Resulta necesario advertir

del riesgo de convertir el impuesto en un mecanismo sancionador, porque esta sanción indirecta podría ser evitada con su pago (ARGELICH COMELLES, 2016, 1-12), máxime cuando estas viviendas deshabitadas pertenezcan a entidades financieras, como sucede en España. En Cataluña, por el contrario, se ha articulado como un impuesto finalista, lo que constituye una excepción al principio de unidad de caja porque la cuantía recaudada se encuentra afectada a la satisfacción de un determinado gasto público: la adquisición de viviendas para destinarlas al arrendamiento social, esto es, un arrendamiento con la renta determinada por la Administración.

Como reflexión final, probablemente la explicación más realista sobre los desajustes en la aplicación de estas medidas en el caso de Inglaterra —o su ausencia en el caso de España— es su impopularidad y el excesivo intervencionismo que supone en las relaciones jurídico-privadas, a pesar del contexto actual de acceso a la vivienda. Para solucionar los inconvenientes que presentan las EDMOs, garantizar su éxito y pensando en su eventual *legal transplant* en España, cabe proponer la creación de un ente público de carácter regional e independiente, como una agencia, encargado de ejecutar las EDMOs. Asimismo, debería reflexionarse sobre si convendría reducir el plazo de dos años de deshabitación que requieren las EDMOs para poder ser aplicadas, un plazo que también se exige en el artículo 3 de la Ley 18/2007, de Cataluña. La demora en la intervención de la vivienda puede ocasionar efectos perjudiciales como la exclusión de las viviendas que sean más susceptibles de ser arrendadas, y provocar desajustes entre la norma y la financiación de la medida, especialmente respecto del coste de las obras de conservación necesarias (BAKER, 2012, 47).

IV. INSTRUMENTOS ALTERNATIVOS DE ACCESO A LA VIVIENDA DE ESPAÑA Y EL REINO UNIDO

En las legislaciones de acceso a la vivienda de España y el Reino Unido, existen algunas alternativas para destinar las viviendas vacías al uso residencial. En España, disponemos de diferentes instrumentos *de lege lata* estatales y autonómicos para evitar la expropiación, con la finalidad de promover el uso habitacional de las viviendas deshabitadas o proteger a colectivos vulnerables ante un lanzamiento. Las medidas estatales de mejora de acceso a la vivienda se concretan en la suspensión de los lanzamientos y en el arrendamiento derivado de la dación en pago de la vivienda habitual. Respecto del primer mecanismo, podemos señalar que el supuesto de hecho habilitador de la suspensión de los lanzamientos, regulado en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social[81], está formado por los casos en los que, en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, se haya adjudicado al acreedor o

quien ostente un mandato representativo la vivienda habitual y única vivienda en propiedad del deudor hipotecario. El deudor hipotecario deberá encontrarse en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas establecidas, con independencia del valor de la vivienda por el que la entidad se la haya adjudicado en la subasta. En este caso, se suspenderá el lanzamiento por el tiempo[82] restante desde su ejecución hasta el 15 de mayo de 2020, por la prórroga de vigencia que se ha producido. Dicha suspensión plantea un problema en su ejecución, por la inexistencia de precio en la relación jurídica posterior. Por este motivo, se debería crear un mecanismo para compensar económicamente al propietario de la vivienda por el lucro cesante, y así evitar el efecto que esta falta de compensación ha tenido en instituciones como la prórroga forzosa. Por lo que respecta al arrendamiento derivado de la dación en pago de la vivienda habitual, el anexo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos[83] prevé la posibilidad de efectuarla cuando el acreedor de un préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual, que se haya adherido al Código de Buenas Prácticas de las entidades financieras, realice un procedimiento de ejecución hipotecaria. En este caso, deberá aceptar obligatoriamente la entrega de la vivienda hipotecada y la cancelación de la deuda, por su efecto *pro soluto*, si el deudor está comprendido en las previsiones del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012 y solicita la dación en pago de su vivienda habitual en el plazo de doce meses desde la solicitud de reestructuración de la deuda. Asimismo, permite articular un derecho de uso en virtud de un arrendamiento con posterioridad a la dación en pago, cuya renta se limita. La dación en pago tiene carácter subsidiario respecto de la restructuración de la deuda, y no se configura como una dación en pago ordinaria porque no se obtiene por el acuerdo libre y voluntario entre el deudor y el acreedor.

Las medidas autonómicas alternativas a la expropiación temporal se refieren a la propuesta de arrendamiento social previa a la ejecución hipotecaria, la cesión obligatoria de viviendas y la obligación de realojamiento de personas en riesgo de exclusión residencial, de Cataluña, y al arrendamiento con opción de compra para evitar el lanzamiento del deudor hipotecario de la Comunidad Valenciana. La propuesta de arrendamiento social, prevista en el artículo 5 de la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética[84], deberá formularse por parte del adquirente de una vivienda habitual como consecuencia de acuerdos de compensación o dación en pago de préstamos o créditos hipotecarios, o antes de la firma de la compraventa de una vivienda que se produzca por la imposibilidad de devolver el préstamo hipotecario. Paralelamente, antes de interponer cualquier demanda judicial de ejecución hipotecaria o de desahucio por impago de rentas, el demandante también debe ofrecer a los afectados una propuesta de arrendamiento social. Para que pueda

formalizarse esta propuesta, el procedimiento tiene que recaer en personas o unidades familiares que no tengan una alternativa propia de vivienda y que estén dentro de los parámetros del riesgo de exclusión residencial. Esta propuesta podrá ser considerada de arrendamiento social, con una duración máxima de tres años, si cumple con determinados requisitos de limitación de la renta y se ha realizado el ofrecimiento de otra vivienda ubicada en el mismo término municipal. En el artículo 7 de la misma norma, el legislador catalán dispone la cesión obligatoria de viviendas, también prevista por el legislador aragonés en el artículo 24 del Decreto-ley 3/2015, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda[85]. Este instrumento permite incorporar las viviendas cedidas al Fondo de viviendas en alquiler para políticas sociales, por un periodo de tres años, siempre que se cumplan determinadas condiciones. En primer lugar, el propietario de la vivienda debe ser el sujeto pasivo no exento del impuesto sobre las viviendas vacías. Si distintos sujetos pasivos ostentan la titularidad de diferentes viviendas, se prioriza la aplicación de la cesión obligatoria a los que disfruten de menos bonificaciones en el impuesto sobre las viviendas vacías. En segundo lugar, el propietario tiene que disponer de viviendas vacías en un municipio en el que exista, como mínimo, una unidad familiar en la que concurra una situación de riesgo de exclusión residencial y que carezca de solución habitacional. La cesión obligatoria de viviendas también resulta aplicable a los sujetos pasivos que cumplan con estos requisitos establecidos y que dispongan de viviendas vacías en los municipios de Cataluña que no estén ubicados en territorios con demanda residencial fuerte y acreditada.

Por su parte, el artículo 16 de la Ley 4/2016, de Cataluña, prevé un sistema transitorio y excepcional para realojar a las personas o unidades familiares que se encuentren en riesgo de exclusión residencial y que puedan perder la vivienda habitual, siempre que no tengan ninguna posibilidad de acceder al uso legítimo de otra vivienda. El apartado quinto de la citada disposición condiciona la concesión de una vivienda alternativa a la participación de las personas afectadas en un plan de acompañamiento económico, social y laboral, adecuado a su situación y orientado recuperar su plena autonomía. La vigencia de las medidas establecidas se encuentra limitada a tres años a partir del día siguiente a la entrada en vigor, es decir, hasta el 30 de diciembre de 2019, sin perjuicio de la duración de los contratos de arrendamiento que se hayan concertado, según el apartado sexto. A los efectos de proceder al realojamiento, el precepto establece unos supuestos de pérdida de la vivienda, consistentes en: la transmisión de viviendas derivadas de acuerdos de compensación o dación en pago de préstamos o créditos hipotecarios sobre la vivienda habitual o la firma de la compraventa de una vivienda que tenga como causa de la venta la imposibilidad del prestatario de devolver el préstamo o crédito hipotecario; o la ejecución hipotecaria o el

desahucio por impago de rentas. La previsión de los supuestos que pueden originar un lanzamiento supone una mejora en relación con la legislación de expropiación temporal del uso de viviendas de Andalucía, Navarra, Canarias, la Comunidad Valenciana y Extremadura, no así la del País Vasco que fue la primera que amplió el ámbito de aplicación al lanzamiento derivado del desahucio por impago de rentas. Finalmente, en la Comunidad Valenciana, la Ley 2/2017 habilita, en el marco de un procedimiento judicial o extrajudicial para la ejecución de una garantía hipotecaria, la creación de un arrendamiento con opción de compra para evitar el lanzamiento del deudor hipotecario de su vivienda habitual. Para que pueda concretarse, el deudor hipotecario tendrá que encontrarse en las circunstancias de emergencia social exigidas, que el inmueble objeto de la ejecución hipotecaria sea su única vivienda, y que esté destinada al uso habitacional con carácter habitual.

En relación con las experiencias de perfeccionamiento de los arrendamientos urbanos, como elemento clave de la distribución equitativa del régimen de tenencia, encontramos la *masovería urbana,* prevista en los artículos 3 k), 42 y 74 de la Ley 18/2007, de Cataluña, como un arrendamiento *ad meliorandum,* es decir, aquel cuya renta se satisface con mejoras en la vivienda. El primer precepto de los referidos ha sido recientemente modificado por la disposición final séptima de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto[86]. En este contrato, el propietario de la vivienda cede su uso a cambio de que el masovero realice las obras de reparación, mantenimiento o mejora necesarias para que el inmueble sea habitable o para mantener sus condiciones de habitabilidad. El contenido del contrato se rige por lo que hayan convenido las partes y, en su defecto, su duración será de cinco años, lo que contrasta con el plazo mínimo de los arrendamientos urbanos de tres años, previsto en el artículo 9 LAU 1994, y la prórroga de un año contenida en el artículo 10. La realización de estas obras tiene que constar en el contrato y el propietario puede resolverlo si no las realiza en el plazo acordado. Por consiguiente, cabría sustituir la medida de expropiación temporal del usufructo para ejecutar obras que garanticen las condiciones de habitabilidad, prevista en el artículo 4.3 del Decreto-ley 1/2015, de Cataluña, por este tipo de arrendamiento *ad meliorandum*. También en el ámbito de los arrendamientos urbanos, sería conveniente establecer una regulación sobre los pisos compartidos, más allá de lo dispuesto en el artículo 1543 del Código Civil, para que los arrendatarios de estas viviendas tuviesen la misma protección que los arrendatarios sometidos a la LAU 1994, especialmente respecto del plazo mínimo y la prórroga del contrato.

En el ámbito de la iniciativa privada, es necesario apuntar como otra posibilidad las denominadas *cooperativas de vivienda,* siguiendo el modelo *Andel* de Dinamarca (CABRÉ ROMANS, ANDRÉS GALLART, 2014, HOUSING

EUROPE, 2017, y ETXEZARRETA, MERINO, 2013, 111). Según este modelo, que recibe este nombre por el municipio danés, la propiedad de las viviendas pertenece a una cooperativa y sus socios disponen de un derecho de uso indefinido con una renta reducida. Este modelo se complementa con el español, relativo a la constitución de una cooperativa para la adjudicación de viviendas en propiedad. Aunque excede del ámbito concreto de este trabajo, cabe señalar que la vivienda protegida tendrá un papel fundamental en la correcta resolución del acceso a la vivienda, por la existencia de viviendas vacías en este ámbito frente a la necesidad habitacional que se produce. En consecuencia, la iniciativa pública en su propia esfera va a determinar en buena medida el éxito de las medidas implementadas que afecten al Derecho Privado. Esta afirmación encuentra su explicación en que antes de intervenir en el ámbito civil, una injerencia oportuna y conveniente ante la desafortunada gestión privada del uso habitacional de la vivienda, resulta necesario e incluso ejemplificante una correcta actuación de la Administración en el destino completo al uso habitacional de sus viviendas protegidas.

En cuanto a las medidas para favorecer el destino habitacional de la vivienda del Reino Unido, en 1980 se inició el *Low Cost Home Ownership,* en un contexto en el que la vivienda en propiedad había alcanzado su límite —cuya prueba fue la crisis de los años noventa— y se requerían alternativas más allá de promover el arrendamiento en el mercado libre, debido a la exclusión práctica por falta de capacidad económica (COWAN, O'MAHONY, COBB, 2016, 38). Este programa contaba con las siguientes medidas: la propiedad temporal o *Shared Ownership*, a la que nos referiremos posteriormente por su incorporación por parte del legislador catalán; la denominada *Affordable Housing,* cuyo objetivo consistía en planificar la edificación de una zona residencial para obtener un precio más bajo e incluir medidas como la propiedad temporal y el arrendamiento social o *Social Rented Housing*; y, para finalizar, se introdujo un nuevo producto de renta variable compartida, conocido como *HomeBuy,* que permitió a las personas seleccionar una vivienda libre mediante un préstamo hipotecario sin intereses sobre el 25% del valor de la vivienda, accediendo a una propiedad compartida. Las dos primeras medidas reducían la subvención directa por parte de la Administración, fomentando la reducción del coste de la vivienda en la misma ubicación donde existían viviendas a precio de mercado. Respecto de la última medida, aunque no proporcionase directamente una vivienda, presentaba como ventajas que el incremento del valor no suponía ningún coste para la Administración, los gastos iniciales de la compra se reducían y se eliminaba el depósito previo a la compra (WHITEHEAD, MONK, 2011, 330). Además, los compradores podían elegir entre más viviendas y reducían los riesgos al contratar un préstamo hipotecario.

En la misma línea de fomento del destino habitacional de las viviendas, en el año 2011 se creó el *New Homes Bonus* en Inglaterra (MULLINER, MALIE-

NE, 2013, 402, y WILSON, MURPHY, BARTON, 2016, 2-33). Su finalidad es destinar los recursos recaudados mediante la *Council Tax,* respecto de las viviendas de nueva construcción y las viviendas vacías que se han destinado al uso habitacional, a incrementar las *affordable homes* o viviendas asequibles de nueva construcción durante seis años, cuyas formas se concretan en las tres modalidades de *Help To Buy* o las ayudas a la compra, y la *Shared Ownership* o propiedad compartida, previstas para todo el Reino Unido. Las *Help to Buy equity loan* permiten obtener un préstamo a bajo interés para la adquisición de una vivienda. De la cuantía total del préstamo, el particular adelanta un 5% de su valor, un 20% lo presta la Administración —que puede alcanzar hasta un 40% en Londres—, y la cuantía restante se ve sujeta a un préstamo hipotecario de un 75% en el Reino Unido, salvo en Londres que solamente puede alcanzar un 40% (FINLAY, WILLIAMS, WHITEHEAD, 2016, 6-116). Para obtener esta ayuda a la compra, se exige el cumplimiento de una serie de requisitos: la vivienda debe ser de nueva construcción; su precio no puede superar las 600.000 libras esterlinas en Inglaterra o 300.000 en Gales; el solicitante debe ser el único propietario y demostrar insuficiencia económica; y la vivienda no se puede arrendar después de su compra. La segunda modalidad, denominada *Help to Buy ISA,* bonifica el ahorro con la finalidad de adquirir una vivienda, porque la Administración aumenta dicho ahorro en un 25%, hasta 3.000 libras esterlinas (VAN LOHUIZEN, 2015, 4-12). Para acceder a este incremento público del ahorro, la vivienda que se vaya a adquirir debe tener un precio de hasta 250.000 libras —o de hasta 450.000 en Londres—, tiene que ser la única vivienda en propiedad y residencia habitual del solicitante, y resultar compatible con la *Help to Buy equity loan*. La primera aportación puede ser de hasta 1.200 libras y, a partir de ese momento, las ulteriores aportaciones corresponderán a 200 libras. Identificamos un último sistema de garantía hipotecaria destinado a las entidades financieras, conocido como *Help to Buy mortgage guarantee,* para los préstamos hipotecarios formalizados antes del 31 de diciembre de 2016. Esta ayuda protege al acreedor respecto de las pérdidas y permite al deudor hipotecario acceder a los préstamos hipotecarios que estuviesen disponibles en las entidades financieras por el 95% del valor de la vivienda, sin garantizar el pago de las cuotas del préstamo hipotecario (ELSINGA, PRIEMUS, CAO, 2009, 67-80). Estas modalidades de *Help to Buy* presentan como inconvenientes que pueden favorecer las zonas más ricas porque las viviendas tienen un valor superior y, en consecuencia, la recaudación de estos impuestos será mayor (NHF, 2010, 3-6). Además, la bonificación de las viviendas de nueva construcción no ha sido eficaz para financiar de manera alternativa las viviendas sociales, sino que se ha destinado en zonas con alta demanda residencial, y de esta manera se ha contribuido a sostener la distribución poblacional en función de esta demanda residencial (TCPA, 2010, 12-13). Finalmente, las áreas residenciales que se han enfocado hacia actividades para regenerarse y renovarse pueden experimentar

una pérdida del número de hogares, como consecuencia de los ingresos limitados en aplicación de la *New Homes Bonus* (ELLIS, 2011, 15). Por lo que respecta a la eventual previsión de las *Help to Buy* en España podemos decir que, por los problemas aludidos y porque contribuirían a perpetuar el acceso a la vivienda en propiedad, no sería recomendable su incorporación.

Por su parte, la *Shared Ownership* permite acceder a la propiedad compartida de una vivienda mediante las asociaciones de vivienda o *Housing Associations* (BRAMLEY, DUNMORE, 1996, 105-131, COWAN, 2010, 56-60, PEAKER, 2013, 119-122, y WALLACE, 2012, 205-226). Existen dos estadios en la aplicación de la *Shared Ownership:* en el primero, el comprador adquiere una cuota de entre el 25% y el 75% de la vivienda mediante un *trust*[87]; y, en el segundo, el comprador tiene el derecho a utilizar la vivienda mediante un arrendamiento a largo plazo de 99 o 125 años, denominado *long leasehold* (GROVER, 2014, 644). Esta configuración obedece a que la figura de la *Shared Ownership* no se encuentra prevista en el *Land Law* propiamente, de manera que su ejecución se ha reconducido hacia instituciones ya dispuestas[88], porque en el momento de su implementación no se previó el *trust of land*, que habría sido una mejor opción (BRIGHT, HOPKINS, 2011, 377-380). Para poder realizar una compra a través de este sistema de tenencia intermedia, el futuro propietario debe cumplir uno de los siguientes requisitos: acreditar unos ingresos de 80.000 libras esterlinas al año —o de 90.000 en Londres—, siempre que se trate de la primera adquisición de una vivienda; ser propietario de una vivienda sin disponer de capacidad económica suficiente para adquirir otra; o haber accedido a otra vivienda mediante este sistema. Las viviendas sujetas a la propiedad compartida se disfrutan en régimen de arrendamiento. En caso de que cualquier propietario quiera vender la propiedad temporal de la vivienda, la *Housing Association* puede encontrar un comprador para la vivienda y, además, goza de un derecho de tanteo o *first refusal*. Cualquier propietario está habilitado para incrementar la participación en la *Shared Ownership* mediante lo que se conoce como *staircasing*, que consiste en adquirir las partes restantes de la vivienda. Su valor variará en función de la tasación de la vivienda, de conformidad con el valor que la *Housing Association* le haya otorgado. Cuando el comprador tenga más de 55 años, puede comprar hasta el 75% del valor de la vivienda mediante el programa *Older People's Shared Ownership*. Una vez que el propietario adquiera el 75% de la vivienda, no tendrá que abonar ninguna renta por el resto. Si el adquirente es una persona discapacitada, puede solicitar el programa *Home Ownership for people with a Long-term Disability* para comprar el 25% de la vivienda, cuando las viviendas ofertadas en el programa ordinario de las *Help to Buy* no satisfagan sus necesidades habitacionales, o acogerse al régimen general de la *Shared Ownership* y adquirir hasta el 75% de la vivienda.

Recientemente, el legislador catalán ha incorporado mediante un *legal transplant* la propiedad compartida o *Shared Ownership* y la propiedad temporal o

Leasehold Property, originarias del Reino Unido, como medidas de acceso a la vivienda que buscan mejorar su acceso fragmentando el dominio y reduciendo su coste. Conviene advertir que la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código Civil de Cataluña[89], que regula estas instituciones en los artículos 547-1 y 556-1 respectivamente, fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, que en un primer momento procedió a suspender[90] su aplicación levantándola posteriormente[91]. La propiedad compartida confiere a uno de los dos titulares la posesión, el uso, el disfrute exclusivo del bien y el derecho de adquirir la cuota del otro titular de manera gradual (NASARRE, SIMÓN, 2013, 3063-3122, y NASARRE, 2016, 165-189). Su duración es de treinta años, salvo que las partes fijen un plazo diferente, en cuyo caso no puede superar los 99 años, según dispone el artículo 556-4. Complementariamente, podemos asimilar a la propiedad compartida el arrendamiento con opción de compra porque, si bien es cierto que se trata de una institución de naturaleza distinta, la renta satisfecha se destinará a la compra de la vivienda en caso de ejecutar la opción de compra. Por otro lado, la propiedad temporal otorga a su titular el dominio de un bien por un plazo cierto y determinado, a cuyo vencimiento se restituye al titular originario. La propiedad temporal guarda cierta relación con el censo enfitéutico, regulado en los artículos 1628 a 1656 del Código Civil, por cuanto es un instrumento de transmisión del dominio con pagos aplazados mediante la constitución de una garantía real. En la *Leasehold Property* o propiedad en arrendamiento, el arrendador o *freeholder* —referido a una *Housing Association*— concede un arrendamiento a largo plazo o *long lease* al adquirente, que es el deudor de un préstamo cuya garantía es el contrato de arrendamiento. Cuando se haya celebrado el contrato de arrendamiento, el comprador adquiere la propiedad de la vivienda por un periodo de noventa años, si se trata de viviendas en régimen de propiedad horizontal, o de cincuenta años para las viviendas unifamiliares, a cuyo vencimiento el propietario recupera la titularidad de la vivienda. En contraste, en el artículo 547-4 del Código Civil de Cataluña se establece un plazo mínimo de diez años para los inmuebles y de un año para los muebles, y un plazo máximo de 99 años. Esta inversión en los plazos de la propiedad temporal podría encontrar su explicación en que en el Reino Unido el 60% de la población habita en viviendas unifamiliares, mientras que en España el 66,5% de la población reside en viviendas en régimen de propiedad horizontal (EUROSTAT, 2017). En el Reino Unido, es posible solicitar una extensión del contrato cuando se cumplan estos requisitos: que la vivienda constituya la residencia principal del solicitante; que el contrato originario haya sido garantizado por un mínimo de 21 años, teniendo en cuenta que la mayor parte se garantizan por un periodo de 99 años; y que no se esté satisfaciendo una renta por el uso del suelo, denominada *ground rent,* o que la renta se encuentre fuera del precio de mercado.

V. CONCLUSIONES

I. El acceso a la vivienda en España y en Inglaterra y Gales adolece de problemas comunes, como la generalización de la propiedad como mecanismo de acceso a la vivienda, la falta de asequibilidad por la desinversión en vivienda protegida y unas cifras elevadas de viviendas deshabitadas, unos problemas que en España se incrementan por los lanzamientos producidos recientemente. Respecto de la configuración de la expropiación temporal del uso de viviendas, se plantean inconvenientes en cuanto a la disponibilidad del objeto de la expropiación para la posterior constitución de un arrendamiento. Asimismo, merece una especial consideración la alteración que se produce en el pago del justiprecio, ya que constituye una garantía esencial de la expropiación. De la particular configuración del justiprecio, se derivan problemas por la disponibilidad presupuestaria de la Administración expropiante, el veto práctico a los municipios, y la falta de agilidad del mecanismo cuando se requiere de soluciones urgentes. A estos desajustes, se les añaden algunos inconvenientes de índole constitucional por falta de competencia, y el cuestionamiento del principio de igualdad respecto de su aplicación a las personas jurídicas financieras. Además, en el arrendamiento derivado de la expropiación temporal del uso de viviendas deberán revisarse cuatro prestaciones de las partes: el depósito de la fianza en un organismo público recaudador, el consentimiento del propietario en las obras de conservación, el subarrendamiento total y la sustitución del arrendatario.

II. Con la finalidad de dar una respuesta conveniente y proporcionada al grave problema de acceso a la vivienda que tenemos en España, y en atención al fracaso del sistema expropiatorio, cabe recomendar encarecidamente la incorporación de las EDMOs mediante un *legal transplant*. En este sentido, deberán resolverse los desajustes prácticos y los problemas relativos a la política de vivienda que las autoridades locales inglesas aluden, creando un ente público de carácter regional encargado de gestionar su ejecución. De esta manera, se evitaría recurrir al impuesto a las viviendas vacías de Cataluña, el País Vasco y Navarra o a la *Council Tax* como mecanismo recaudatorio e indirectamente sancionador, por la fácil elusión práctica mediante su pago. Igualmente, además de impulsar los mecanismos *de lege lata* existentes en España con la finalidad de incrementar el uso habitacional, debería atenderse al programa denominado *Low Cost Home Ownership*, que pretende mediante cuatro medidas —una de las cuales, la propiedad compartida, ha sido incorporada por el legislador catalán—, favorecer la asequibilidad de la vivienda, así como introducir mejoras tendentes a facilitar el acceso a la vivienda mediante la propiedad temporal. Por el contrario, no sería aconsejable la previsión de la *Compulsory Purchase Order* y de la *Enforced Sale* porque contribuirían a perpetuar los problemas que plantea el mecanismo expropiatorio, así como las *Help to Buy,* que facilitarían que la propiedad siga siendo la vía principal de acceso a la vivienda.

ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 18 de octubre de 1978
- STS de 25 de abril de 1983
- STS, Tercera, de 21 de mayo de 1986
- STS de 8 de abril de 1992
- STS de 17 de febrero de 1993
- STS de 10 de marzo de 1997
- STS de 8 de mayo de 1999
- STS de 20 de mayo de 1999
- STS de 21 de febrero de 2000
- STS de 27 de marzo de 2002
- STS de 5 de septiembre de 2007
- STS, Tercera, de 29 de junio de 2010
- STC 37/1987 de 26 de marzo
- STC 227/1988 de 29 de noviembre
- STC 170/1989 de 19 de octubre
- STC 50/1991, de 11 de marzo
- STC 186/1993 de 7 de junio
- STC 204/2004 de 18 de noviembre
- STC 48/2005 de 3 de marzo
- STC 148/2012 de 5 de julio
- STC 93/2015 de 14 de mayo

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2014). Artículo 26. Habitabilidad de la vivienda. En: F. Crespo Aullé, V. Guilarte Gutiérrez (dirs.), *Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos*. Valladolid: Lex Nova.

ANGEL, C. (2006). EDMO - empty threat? *New Law Journal,* vol. 156, núm. 7245, 1-7.

ARCHER, R. W. (1974). The leasehold system of urban development: Land tenure, decision making and the land market in urban development and land use. *Regional Studies*, vol. 8, núm. 3-4, 225-238.

ARGELICH COMELLES, C. (2014). Viviendas desocupadas y viviendas deshabitadas en la reciente legislación autonómica sobre acceso a la vivienda. En: M. T. Areces Piñol (coord.), *Los retos jurídicos ante la crisis*. Cizur Menor: Aranzadi (187-211).

— (2016). El impuesto a las viviendas vacías como sanción a la deshabitación. *Diario La Ley,* núm. 8886, 1-12.

— (2016). La historia de un fracaso o la expropiación temporal del uso de las viviendas vacías. *Diario La Ley,* núm. 8879, 1-5.

— (2017). La expropiación temporal del uso de viviendas: ¿es posible revertir su fracaso? *CEFLegal: revista práctica de derecho,* núm. 194, 35-72.

BAKER, C. (2012). Empty homes: strategy or sticking plaster? *Journal of Housing Law,* vol. 15, núm. 3, 45-47.

BELLOD REDONDO, J. F. (2013). ¿Cuánto cuesta el rescate bancario?: una estimación provisional. *Contribuciones a la Economía* [En línea], disponible enwww.eumed.net/ce/2013/cuanto-cuesta-rescate-bancario.html.

BERROCAL LANZAROT, A. I. (2012). La protección del deudor hipotecario en el actual contexto de crisis económica. *Cuadernos de Derecho y Comercio,* núm. 58, 18-19.

BEVAN, L. (2006). Was the Indignation at the Introduction of Empty Dwelling Management Orders Warranted? *Solicitors journal,* núm. 1, 1416-1417.

BRAMLEY, G., DUNMORE, S. (1996). Shared ownership: Shortterm expedient or longterm major tenure? *Housing Studies,* vol. 11, núm. 1, 105-131.

BRIGHT, S., HOPKINS, N. (2011). Home, Meaning and Identity: Learning from the English Model of Shared Ownership. *Housing Theory and Society,* vol. 28, núm. 4, 377-397.

CABRÉ ROMANS, E., ANDRÉS GALLART, A. (2014). Learning from each other: Catalonia meets Denmark. Scanning innovation in housing policies. *Housing Europe* [En línea], disponible en http://www.housingeurope.eu/blog-291/learning-from-each-other-catalonia-meets-denmark.

CAFFARENA LAPORTA, J. (2011). Comentario al artículo 40. En: Ministerio de Justicia, *Comentario del Código Civil*. Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia (252-255).

CATT, C. (1986). Empty houses — 2. *Structural Survey,* vol. 4, núm. 3, 244-253.

CERANIC, B., MARKWELL, G., DEAN, A. (2017). 'Too many empty homes, too many homeless' — A novel design and procurement framework for transforming empty homes through sustainable solutions. *Energy Procedia,* núm. 111, 558-567.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2017). *La justicia dato a dato: año 2016. Estadística Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial [En línea], disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Justicia-Dato-a-Dato/.

COWAN, D. (2010). Shared ownership: Some problems of law and policy. *Journal of Housing Law,* vol. 13, núm. 4, 56-60.

COWAN, D., O'MAHONY, L. F., COBB, N. (2016). *Great Debates in Land Law*. London: Palgrave.

DAVEY, F., SMITH, D. (2008). *The Housing Act 2004 and Residential Lettings. A practical Guide*. Coventry: Royal Institution of Chartered Surveyors.

DEPARTMENT FOR COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENT (2004). Interim and Final Management Orders [En línea], disponible en http://www.tunbridgewells.gov.uk/__data/assets/pdf_file/0006/24459/Interim-and-Final-Management-Orders.pdf.

— (2011). Laying the foundations: a housing strategy for England [En línea], disponible en https://www.gov.uk/government/publications/laying-the-foundations-a-housing-strategy-for-england--2.

— (2011). Pickles acts to protect the rights of homeowners [En línea], disponible en https://www.gov.uk/government/news/pickles-acts-to-protect-the-rights-of-homeowners.

— (2012). *Bringing Empty Homes back into use. Application guidance for Community and Voluntary Groups*. London: Crown [En línea], disponible en https://www.gov.uk/government/publications/bringing-empty-homes-back-into-use-application-guidance--2.

— (2017). Dwelling Stock Estimates: 2016, England [En línea], disponible en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/609282/Dwelling_Stock_Estimates_2016_England.pdf.

DIRECCIÓN GENERAL DEL CATASTRO (2017). *Estadísticas Catastrales: Catastro inmobiliario urbano. Resumen por Intervalos población, por usos y bienes inmuebles y valor catastral* [En línea], disponible en http://www.catastro.minhap.es/jaxi/tabla.do?path=/est2016/catastro/urbano/&file=01005.px&type=pcaxis&L=0.

DIXON, T., CROSBY, N., MARSTON, A., POTTINGER, G. (2002). Can valuation factors be prescribed?: the case of collective enfranchisement and leasehold extension of flats in England and Wales. *Journal of Property Research,* vol. 19, núm. 3, 253-280.

DRISCOLL, J. (2007). *Housing: The New Law. A Guide to the Housing Act 2004*. London: Lexisnexis Butterworths.

ELLIS, H. (2011). *Policy analysis of housing and planning reform*. London: Town & Country Planning Association.

ELSINGA, M., PRIEMUS, H., CAO, L. (2009). The Government Mortgage Guarantee as an Instrument in Housing Policy: Self-supporting Instrument or Subsidy? *Housing Studies,* vol. 24, núm. 1, 67-80.

ESCAJEDO, L., GARRIDO, P., GORROTXATEGUI, M. (2011). Políticas de movilización de vivienda en algunos países de Europa. *Colección Realidad Urbana* [En línea], núm. 2, disponible en http://www.ehu.eus/documents/1877918/0/Realidad+Urbana+2.+Vivienda+Vacía+en+Europa.

ESCUÍN PALOP, V. (2011). La expropiación forzosa como límite de los derechos e intereses patrimoniales. En C. Blasco, M. Clemente, J. Orduña, L. Prats, R. Verdera (coords.), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montes Penadés*. Valencia: Tirant lo Blanch (937-958).

ETXEZARRETA, A., MERINO, S. (2013). Las cooperativas de vivienda como alternativa al problema de la vivienda en la actual crisis económica. *Revesco,* núm. 113, 92-119.

EUROSTAT (2017). *Estadísticas sobre vivienda* [En línea], disponible en http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Housing_statistics/es.

FINLAY, S., WILLLIAMS, P., WHITEHEAD, C. (2016). *Evaluation of the Help to Buy Equity Loan Scheme*. London: Department for Communities and Local Government.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T. R. (2013). *Curso de Derecho Administrativo II*. Cizur Menor: Aranzadi.

GÓMEZ LAPLAZA, C. (2009). Artículo 40. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Cizur Menor: Aranzadi (158-161).

GRAY, D. (2015). Are prices of new dwellings different? A spectral analysis of UK property vintages. *Cogent Economics and Finance,* núm. 3, 1-16.

GROVER, R. (2014). Leasehold enfranchisement and graphs of relativity. *Journal of Property Investment & Finance,* vol. 32, núm. 6, 642-652.

HENDERSON, S. R. (2015). State intervention in vacant residential properties: an evaluation of empty dwelling management orders in England. *Environment and Planning C: Government and Policy,* vol. 33, 2015, 61-82.

HOLMANS, A., STEPHENS, M., FITZPATRICK, S. (2007). Housing Policy in England since 1975: An Introduction to the Special Issue. *Housing Studies,* vol. 22, núm. 2, 147-162.

HOUSING EUROPE (2017). Spain: a boost in construction. Cooperatives invest in new, quality homes. *Housing Europe* [En línea], disponible en http://www.housingeurope.eu/blog-946/spain-a-boost-in-construction.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (1950). *Censo de edificios y viviendas,* Tomo I. Madrid: Hijos de E. Minuesa.

— (1991). *Censo de Población y Viviendas 1991* [En línea], disponible en http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft20%2Fe243&file=inebase&L=0.

— (2013). *Censo de Población y Viviendas 2011* [En línea], disponible en http://www.ine.es/censos2011_datos/cen11_datos_inicio.htm.

MCGRATH, S. (2005). Adjudication under the Housing Act 2004 - Residential Property Tribunals, *Landlord & Tenant Review,* vol. 9, núm. 2, 35-37.

MENÉNDEZ REXACH, A. (2013). La responsabilidad de la Administración expropiante en caso de impago del justiprecio por el beneficiario. *Justicia Administrativa,* núm. 60, 7-24.

MOREU CARBONELL, E. (2014). Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o en circunstancias de emergencia social. En: M. T. Alonso Pérez (dir.), *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*. Cizur Menor: Aranzadi (369-420).

MULLINER, E., MALIENE, V. (2013). Austerity and reform to affordable housing policy, *Journal of Housing and the Built Environment,* vol. 28, 397-407.

NASARRE AZNAR, A. (2016). New Trends in Condominium Law and Access to Housing in Post-crisis Spain. En: A. Lehavi, *Private Communities and Urban Governance*. Cham: Springer (165-190).

— (2011). La insuficiencia de la normativa actual sobre acceso a la vivienda en propiedad y en alquiler: la necesidad de instituciones jurídico-privadas alternativas para facilitar el acceso a la vivienda. Algunas propuestas. En: S. Nasarre Aznar (dir.), H. Simón Moreno (coord.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*. Madrid: Edisofer, 2011 (117-172).

— (2014). La vivienda en propiedad como causa y víctima de la crisis hipotecaria. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico,* núm. 16, 10-37.

NASARRE, S., SIMÓN, H. (2013). Fraccionando el dominio. Las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda. *Revista crítica de derecho inmobiliario,* núm. 739, 3063-3122.

NATIONAL HOUSING FEDERATION (2010). *Response: The new homes bonus*. London: National Housing Federation.

NÚÑEZ IGLESIAS, A. (2014). La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria. En: A. Núñez Iglesias (dir.), J. A. Escartín Ipiéns, M. A., Martos Calabrús (coords.), *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*. Granada: Comares (193-212).

PEAKER, G. (2013). Shared ownership: a flawed model? *Journal of Housing Law,* vol. 16, núm. 6, 119-122.

PONCE SOLÉ, J. (2015). ¿Ha expropiado el Tribunal Constitucional las competencias autonómicas en materia de vivienda? A propósito de la STC de 14 de mayo de 2015, declarando la inconstitucionalidad de la regulación andaluza sobre expropiación de viviendas vacías en manos de bancos, *Blog Transjus* [En línea], disponible en https://

transjusblog.wordpress.com/2015/06/04/ha-expropiado-el-tribunal-constitucional-las-competencias-autonomicas-en-materia-de-vivienda-a-proposito-de-la-stc-de-14-de-mayo-de-2015-declarando-la-inconstitucionalidad-de-la-regulacion-an-2/.

SANDERCOCK, L. (2003). Towards Cosmopolis: Utopia as construction site. En: S. Campbell, S. S. Fainstein (eds.), *Readings in Planning Theory*. Oxford: Blackwell (401-407).

SIMÓN MORENO, H. (2011). Propuestas de regulación para habitar parcialmente una vivienda. En: S. Nasarre Aznar (dir.), H. Simón Moreno (coord.), *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*. Madrid: Edisofer, 2011 (225-248).

STEPHENS, M., WHITEHEAD, C. (2014). Rental housing policy in England: post crisis adjustment or long term trend? *Journal of Housing and the Built Environment,* vol. 29, núm. 2, 201-220.

STEPHENS, M., WHITEHEAD, C., MUNRO, M. (2005). *Lessons from the past, challenges for the future for housing policy. An evaluation of English housing policy 1975-2000*. London: ODPM Publications [En línea], disponible en http://paulhodgson.net/Architectre/SocialHousing/An%20evaluation%20of%20English%20housing%20policy%201975-2000/English%20housing%20policy%201975-2000%20summary.pdf.

TCPA (2010). *The future of planning report: Distilling the TCPA roundtable debates*. London: Town and Country Planning Association.

THE GUARDIAN (2015). Powers to bring empty houses into use 'ignored' [En línea], disponible en https://www.theguardian.com/money/2015/feb/11/powers-empty-houses-ignored-empty-dwelling-management.

— (2017). Empty homes: normal rules do not apply to super-rich in London, ignored' [En línea], disponible en https://www.theguardian.com/society/2017/aug/01/empty-homes-normal-rules-do-not-apply-to-super-rich-inlondon.

TORNOS MAS, J. (2014). El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad. *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 99-100, 2853-2871.

VALLADARES RASCÓN, E., ORDÁS ALONSO, M. (2013). Artículo 7.1. Condición y efectos frente a terceros del arrendamiento de viviendas. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Pamplona: Aranzadi (223-230).

VAN LOHUIZEN, A. (2015). *How much help is Help to Buy? Help to Buy and the impact on house prices*. London: Shelter.

WALLACE, A. (2012). Shared Ownership: Satisfying Ambitions for Homeownership? *International Journal of Housing Policy,* vol. 12, núm. 2, 205-226.

WHITEHEAD, C., MONK, S. (2011). Affordable home ownership after the crisis: England as a demonstration project. *International Journal of Housing Markets and Analysis,* vol. 4, núm. 1, 326-340.

WILSON, W. (2016). Empty Dwelling Management Orders (EDMOs). *Briefing paper,* n. 04129 [En línea], disponible en http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN04129.

WILSON, W., MURPHY, C., BARTON, C. (2016). The New Homes Bonus (England). *Briefing paper,* n. 05724 [En línea], disponible en http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN05724.

NOTAS

[1] Publicada en el *United Kingdom Official Documents* de 18 de noviembre de 2004 [En línea], disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/34/pdfs/ukpgacs_20040034_en.pdf.

[2] Publicada en *Statutory Instrument Number:* 2006/1060 [En línea], disponible en http://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/1060/pdfs/uksi_20061060_en.pdf.

[3] Publicada en *Statutory Instrument Number:* 2006/1535 [En línea], disponible en http://www.legislation.gov.uk/wsi/2006/1535/pdfs/wsi_20061535_mi.pdf.

[4] Debe señalarse que estos datos no distinguen en función del régimen de tenencia de la vivienda, ni en el régimen de propiedad según si se encuentra sujeta a un préstamo hipotecario o si se trata de una vivienda libre de esta carga.

[5] En el primer censo de viviendas, el total de viviendas eran 6.370.280, mientras que las viviendas vacías correspondían a 150.920. El último censo de 2011 expresa que el total de viviendas es de 25.208.623 y el de viviendas vacías de 3.443.365. El incremento del número total de viviendas en la última década ha sido del 20,3%.

[6] El Departamento de Desarrollo Económico del Gobierno de Navarra ha facilitado esta información oficial.

[7] La información oficial ha sido proporcionada por el Departamento de Empleo y Políticas Sociales del Gobierno Vasco.

[8] Esta información se ha provisto por la Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía. Esta información ha sido provista por el Servicio de Atención al Ciudadano de Servicios Centrales, adscrito a la Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía. Los Decretos de iniciación de los expedientes de expropiación están compuestos por: el Decreto 190/2013, de 15 de octubre de 2013, por el que se incoa procedimiento para la expropiación temporal del derecho de uso de la vivienda sita en la calle Alonso de Ercilla, núm. 7, 3.º B, de Huelva, y se declara el interés social y la necesidad de ocupación con respecto al citado inmueble, publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 16 de octubre de 2013, y el Decreto 236/2013, de 10 de diciembre, por el que se incoa procedimiento para la expropiación temporal del derecho de uso de la vivienda sita en la calle Río Trueba, núm. 5, 1.º A, en Torremolinos (Málaga), y se declara el interés social y la necesidad de ocupación con respecto al citado inmueble, publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 22 de enero de 2014.

[9] Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 11 de abril de 2013.

[10] Boletín Oficial del Estado de 2 de noviembre de 2013.

[11] *RJ* 93, 2015.

[12] Publicada en *Statutory Instrument Number:* 2006/213 [En línea], disponible en http://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/213/pdfs/uksi_20060213_311216_en.pdf.

[13] HENDERSON (2015, 67) y BAKER (2012, 47) aluden que su escasa aplicación conduce a considerar inicialmente que ha sido un fracaso. Sin embargo el último autor precisa que por su utilización como último recurso ante la deshabitación y por su efecto disuasorio, no debe apuntarse esta conclusión. «Although the very low number of such applications may be thought to indicate that the law has little part to play in this area, it should not be concluded that EDMOs represent a flawed and failed strategy. The powers were intended to be and remain ones of last resort. Their existence doubtless has —and will continue— to provide a hefty weapon in reserve, helping to persuade an owner either to take action or to work with an authority in securing the occupation and habitability of an empty home».

[14] Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda, Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 11 de abril de 2013. Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, Boletín Oficial del Estado de 2 de noviembre de 2013. En adelante, se abreviará como LFSVA.

[15] Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, Boletín Oficial del Estado de 27 de julio de 2013. En adelante, se referirá esta norma como LFVN.

[16] Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda, Boletín Oficial del Estado de 11 de julio de 2014. En adelante, nos remitiremos a esta norma como LMVC.

[17] Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda, Boletín Oficial del Estado de 13 de julio de 2015. En adelante, esta norma se mencionará como LVPV.

[18] Ley 2/2017, de 3 de febrero, de la Generalitat, por la función social de la vivienda de la Comunitat Valenciana, Boletín Oficial del Estado de 7 de marzo de 2017. En adelante, aludiremos a esta norma como LFSVCV.

[19] Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura, Boletín Oficial del Estado de 22 de marzo de 2017. En adelante, se referirá esta norma como LESVE.

[20] Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, Boletín Oficial del Estado de 27 de febrero de 2008. 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, Boletín Oficial del Estado de 1 de junio de 2015. Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial, Boletín Oficial del Estado de 18 de enero de 2017.

[21] El artículo 42.6 previó la expropiación temporal del usufructo de las viviendas vacías para su arriendo. Este apartado se derogó mediante el artículo 161 de la Ley 9/2011, 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 14 de enero de 2012.

[22] Boletín Oficial del Estado de 17 de diciembre de 1954.

[23] Boletín Oficial del Estado de 20 de junio de 1957.

[24] Véanse el artículo 5 LFSVA, el artículo 1 LFVN, el artículo 1 LMVC, los artículos 59 y 74 LVPV, el artículo 13 LFSVCV y el artículo 2 LESVE.

[25] Véanse la disposición adicional 1 LFSVA, el artículo 7 LFVN, la disposición adicional 4 LMVC, el artículo 4.4 del Decreto-ley 1/2015, de Cataluña, el artículo 75 LVPV, los artículos 15 y 17 de la Ley 4/2016, de Cataluña, el artículo 13 LFSVCV, y el artículo 2 LESVE.

[26] NASARRE AZNAR (2011, 148), sobre la *ratio legis* de las normas de acceso a la vivienda expresa que «la reformulación del derecho privado, que debe impulsar de nuevo el mercado de la vivienda por sí mismo —sin necesidad de intervención pública, excepto el marco legislativo adecuado—, pasa por superar la «alternativa dominio-alquiler» y llegar a una «combinación entre dominio y alquiler». BERROCAL LANZAROT (2012, 18-19), alude que el 60% de los procesos de ejecución hipotecaria habían finalizado con el lanzamiento del ocupante de la vivienda.

[27] La derogación se produjo mediante la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 31 de diciembre de 2011.

[28] Vienen previstas en el artículo 63.2: a) Ejercicio del derecho de adquisición preferente y del desahucio administrativo; b) Expropiación por incumplimiento de la función social; c) Venta o sustitución forzosa; d) Órdenes de ejecución; e) Canon sobre las viviendas deshabitadas; f) Alquiler forzoso en el caso de las viviendas deshabitadas; g) Imposición de multas coercitivas; h) Imposición de sanciones.

[29] Estas circunstancias se prevén en la disposición adicional 1 LFSVA, en el artículo 7 LFVN, en la disposición adicional 4 LMVC, en el artículo 13 LFSVCV, y en el artículo 2 LESVE.

[30] Se dispone en la disposición adicional 1 LFSVA, en el artículo 7 LFVN, en la disposición adicional 4 apartado 14 LMVC, y en el artículo 74.10 LVPV, con el mismo contenido. NÚÑEZ IGLESIAS (2014, 201), define a la *vulnerabilidad* como «una especie de fragilidad material o moral a la que está expuesto el individuo, que le impide a priori ejercer convenientemente sus derechos, o que le coloca en una situación de inferioridad o de desequilibrio, haciéndole merecedor de protección».

[31] Sobre la distinción entre el derecho de uso y el derecho de habitación en el Código Civil de Cataluña respecto del Código Civil español, véase SIMÓN MORENO (2011, 227-237).

[32] El arrendamiento forzoso como carga expropiatoria se regula específicamente en: el artículo 93 del Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba el texto de la Ley de Reforma

y Desarrollo Agrario —publicado en el Boletín Oficial del Estado de 3 de febrero de 1973—, relativo a la ejecución de Planes Generales de Transformación de Grandes Zonas; *ídem,* artículos 154-160, en el sistema de fincas rústicas de mejora forzosa; o con fines de almacenamiento de cosechas, véanse el artículo 18 del Decreto-ley de 23 de agosto de 1937, de Ordenación Triguera —publicado en el Boletín Oficial del Estado de 25 de agosto de 1937—, y finalmente el artículo 10 del Decreto-ley de 10 de agosto de 1954 por el que se dictan normas sobre el cultivo de la vid, que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 31 de agosto de 1954.

[33] Un ejemplo se encuentra en el artículo 64.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 29 de diciembre de 2004, que dispone que un juez, excepcionalmente, podrá autorizar que la persona protegida concierte con la sociedad pública correspondiente la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar por el uso de otra vivienda.

[34] Esta medida se previó en la disposición transitoria 23 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, Boletín Oficial del Estado de 31 de marzo de 1947, en la disposición adicional 2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956 mediante la Ley de Bases de 22 de diciembre de 1955, que fue texto articulado por el Decreto de 13 de abril de 1956, Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 1956, y en la disposición adicional 2 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre 1964, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, Boletín Oficial del Estado de 29 de diciembre de 1964).

[35] En la legislación administrativa existen modalidades de expropiación temporal en materia de legislación sectorial de aguas o de protección civil. Véase, acerca de la expropiación temporal en la legislación de aguas, la STS, 3.ª, de 21 de mayo de 1986, *RJ* 1986, 2991.

[36] Véanse la disposición adicional 1 LFSVA, la disposición adicional 4 LMVC, el artículo 74 LVPV y el artículo 2 LESVE.

[37] Véase el artículo 13 de la Ley 2/2017, de la Comunidad Valenciana.

[38] Véase el artículo 7 de la Ley Foral 24/2013, de Navarra.

[39] Boletín Oficial del Estado de 25 de noviembre de 1994.

[40] Respecto de la *expropiación-sanción,* las SSTS de 27 de marzo de 2002, *RJ* 2002, 3837, y de 21 de febrero de 2000, *RJ* 2000, 3053, sustentan su aplicación en la declaración de constitucionalidad de esta medida realizada por la STC 37/1987 de 26 de marzo, RTC 1987, 37, y por la STC 319/1993 de 17 de octubre, RTC 1993, 319, que explica al respecto que «no estamos ante sanciones, sino ante un instrumento de acción pública en pro del cumplimiento de la función social de la propiedad». En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 186/1993 de 7 de junio, RTC 1993, 186, 319/1993 de 27 de octubre, RTC 1993, 319, y 148/2012 de 5 de julio, RTC 2012, 148.

[41] MOREU CARBONELL (2014, 385-386), sobre el deber de destinar la vivienda al uso habitacional habitual expresa que solo así «podrá articularse un régimen sancionador y en su caso, acordarse la expropiación forzosa en caso de incumplimiento. El legislador estatal no impone inequívocamente el deber de mantener habitadas las viviendas (a salvo el régimen de las viviendas protegidas), a cuyo incumplimiento no asocia ninguna medida de policía ni sancionadora […] [e]l deber de ocupación efectiva impuesto a los propietarios de viviendas es un límite inherente a la función social de la propiedad (art. 33 de la Constitución)».

[42] VALLADARES RASCÓN, ORDÁS ALONSO (2013, 226-230) explican que la LAU 1994 no establece una obligación de residencia permanente del arrendatario, incluso sin el artículo 7, porque lo que protege la LAU es la necesidad permanente de vivienda, y su ocupación regular.

[43] Boletín Oficial del Estado de 7 de septiembre de 1968.

[44] Boletín Oficial del Estado de 8 de enero de 2000.

[45] Atiéndanse el artículo 5 LFSVA, en el artículo 1 LFVN, en el artículo 26 LMVC, en el artículo 74.1 LVPV, en el artículo 13 LFSVCV, y en el artículo 2 LESVE.

[46] La Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria fue concebida inicialmente en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 15 de noviembre de 2012, prevista de forma específica en el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el

que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 16 de noviembre de 2012, y desarrollada mediante la Circular 5/2015, de 30 de septiembre, del Banco de España, por la que se desarrollan las especificidades contables de la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S. A., publicada en el Boletín Oficial del Estado de 2 de octubre de 2015.

[47] MOREU CARBONELL (2014, 412): «[e]l trato diferente se justifica, como he dicho, por el distinto alcance del potencial social y económico de las personas jurídicas respecto de las personas físicas. El principio de igualdad en la ley no impide un trato desigual, siempre que se asiente sobre una premisa objetiva, razonable, motivada, proporcional y con fundamento constitucional. Y, desde luego, el propio artículo 47 de la Constitución obliga a los poderes públicos a adoptar medidas que eviten la especulación».

[48] Sobre la diligencia exigible a las entidades bancarias en relación con el cumplimiento de la legalidad, véanse las SSTS de 5 de septiembre de 2007, *RJ* 2007, 5439, de 25 de abril de 1983, *RJ* 1983, 2127, de 10 de marzo de 1997, *RJ* 1997, 2483, de 8 de abril de 1992, *RJ* 1992, 3187, de 8 de mayo de 1999, *RJ* 1999, 3101, y de 20 de mayo de 1999, *RJ* 1999, 3355.

[49] Sobre la cuantificación de estas ayudas públicas, véase BELLOD REDONDO (2013), que expresa que «[e]l importe solicitado es de 39.465 millones de euros, equivalente al 3,7% del PIB […] [s]e trata de una cantidad muy importante, superior a las nóminas de los funcionarios de todo el Estado (33.290 millones de euros); siete veces superior a las Inversiones Reales del Estado (5.252 millones de euros) o diez veces superior al presupuesto del Ministerio de Sanidad (3.385 millones de euros) para el año 2013».

[50] RTC 1991/50.

[51] RTC 1993, 186.

[52] De conformidad con la disposición adicional 1 LFSVA, el artículo 7 LFVN, la disposición adicional 4 LMVC, y el artículo 13 LFSVCV.

[53] MOREU CARBONELL (2014, 411), propone el pago periódico del justiprecio como una renta mensual durante el plazo de la expropiación.

[54] Cfr., MOREU CARBONELL (2014, 412) que considera que en ciertos casos excepcionales de emergencia social debería ser la Administración quien asumiera la totalidad del pago del justiprecio. Cabe considerarlo como una posibilidad para mejorar la técnica legislativa, pero ello ya sucedería de manera ordinaria, sin necesidad de que las normas lo prevean. MENÉNDEZ REXACH (2013, 22-23) expresa que existen razones para fundamentar la responsabilidad de la Administración, en este caso porque la existencia del beneficiario depende de una decisión de la Administración.

[55] En este sentido, TORNOS MAS (2014, 2864), afirma que «estamos ante normas que responden a la urgencia política, a la necesidad de tener que ofrecer respuestas rápidas a los ciudadanos a las reivindicaciones que están presentes en los medios (crisis del acceso a la vivienda, reclamaciones de plataformas antidesahucios…), urgencia que prevalece sobre la construcción pausada de la respuestas legales que deben adoptarse». Cfr. MOREU CARBONELL (2014, 409), quien considera que «[m]e parece una buena forma de rentabilizar estos fondos que, normalmente, solo benefician a la entidad bancaria encargada de gestionarlos. De todas formas, es previsible que dichos fondos no sean suficientes para financiar todas las expropiaciones».

[56] ARCHER (1974, 225-238). SIMÓN MORENO (2015, 126-127), sobre la conceptuación del *leaseholder* expresa que «en el Derecho inglés […] el arrendatario tiene un derecho de propiedad por tiempo limitado (el denominado *lease hold*). La conceptualización del *lease hold* como un dominio pleno por tiempo limitado implica que su titular (*lease holder*) puede llevar a cabo actos de enajenación o gravamen de su derecho». SIMÓN MORENO (2013, 334), explica sobre la naturaleza del *leasehold* que «siempre se le ha atribuido una naturaleza dual al aplicarse normas del derecho de propiedad (por su condición de *legal estate*) y del derecho contractual (por la especial regulación entre el arrendador —*landlord*— y el arrendatario —*tenant*—, que se recoge tanto en la Rent Act de 1977 como en la Housing Act de 1988».

[57] DRISCOLL (2007, 11), alude a las diferencias entre las IMO y las FMO: «This starts life as an IMO which lasts for up to 12 months, giving the local authority powers to manage

the property (or to arrange with someone else, a registered social landlord (RSL) perhaps, or a managing agent, to do so). If during the currency of an IMO there is still no prospect of somebody suitable being found to apply for the license an FMO can be made which can last for up to five years». DEPARTMENT FOR COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENT (2004).

[58] Los RPT fueron creados para ejercer potestades administrativas en relación con los edificios residenciales, en cinco regiones de Inglaterra mediante los denominados *Rent Assessment Panels*. Están compuestos por un comité de evaluación de los arrendamientos, constituido de conformidad con el artículo 10 de la *Rent Act 1977,* publicada en el *United Kingdom Official Documents* de 29 de julio de 1977 [En línea], disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/42/contents. Cada sección tiene un presidente o *Chairman,* nombrado por el *Lord Chancellor,* que decide los miembros que deben debatir y decidir sobre un caso concreto. El presidente normalmente será un abogado o un inspector. El resto de miembros son nombrados por el Departamento de Gobierno local, y pueden ser abogados, inspectores o juristas. Existen dos tipos de miembros: los nombrados para evaluar las rentas o *Rent Assessment Panels* y otros miembros. De entre estos miembros, los presidentes deciden quiénes participarán en el comité de evaluación de arrendamientos o *Rent Assessment Committees*. Estos comités pueden constituirse como tribunales de valoración de los arrendamientos o *Leasehold Valuation Tribunals,* cuando se trate de arrendamientos o de *Residential Property Tribunals* en el resto de casos previstos en la *Housing Act 2004*.

[59] Publicada en el *United Kingdom Official Documents* de 31 de octubre de 2012 [En línea], disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/17/contents.

[60] DEPARTMENT FOR COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENT (2011). HENDERSON (2015, 67), explica que el Partido Conservador ya había aludido este cambio en considerar el plazo inicial de seis meses de demasiado intervencionista. «Prior to the election the Conservative Party had indicated its desire to abolish EDMOs. This changed following the election, when the Coalition government stated that amendments would be made. With the policy considered 'draconian and heavy handed', proposals included: extending the time frame to two years; ensuring a three month gap between indicating the intention to apply and an application; ensuring that EDMOs were applied to the 'very worst' properties, especially those causing a significant nuisance; and strengthening the community evidence base for EDMOs. The proposals were subsequently implemented in late 2012».

[61] Se refiere a los establecimientos turísticos, a los establecimientos de apartamentos turísticos, a los establecimientos de camping, a los establecimientos de turismo rural y a las viviendas de uso turístico. Esta exclusión también se contiene en Cataluña si se interpreta el artículo 3 a) de la Ley 18/2007, referente al concepto de vivienda, con el artículo 3 l), relativo al concepto de vivienda turística o vivienda con actividades económicas, ya que es aquella que no constituye domicilio habitual y permanente y que se utiliza para la obtención de rendimientos de actividades económicas.

[62] El régimen aplicable a estos contratos es el del arrendamiento para uso distinto del de vivienda, de conformidad con el artículo 3 LAU 1994. Las viviendas arrendadas por temporadas se excluyen porque se trata de arrendamientos cuyo uso habitacional no tiene carácter habitual. La clave reside en saber qué viviendas que no estén destinadas al uso turístico —porque ya quedan excluidas— se arriendan por temporadas, como puede ser un ejemplo una vivienda de estudiantes. En la práctica resulta difícil de conocer y, por tanto, esta previsión necesita perfilarse. Al final de la exclusión contenida en las normas aludidas se establece como requisito que las viviendas tengan una ocupación no inferior a treinta días en un año. Eso conlleva una elusión normativa porque hace pasar por una posible exclusión lo que no lo es: por ejemplo, una vivienda que esté ocupada durante treinta días en un año y que el resto del año esté vacía, solo con el ánimo de evitar la expropiación temporal del uso de viviendas. Una posible explicación sería que se pretenda evitar de facto la aplicación a personas físicas, ya que estas pueden arrendar fácilmente durante un plazo de treinta días. Las personas jurídicas difícilmente lo harán por los costes de mantenimiento de las viviendas vacías.

[63] Véanse, respectivamente, el artículo 5 LFSVA, el artículo 1 LFVN, el artículo 24 LMVC, y el artículo 56.2 LVPV.

[64] El artículo 3 d) de la Ley 18/2007, de Cataluña, exige para considerar una vivienda deshabitada que dicha deshabitación sea de forma permanente. En las segundas residencias la deshabitación es interrumpida, y por ello no pueden reputarse deshabitadas permanentemente.

[65] Publicada en *Statutory Instrument Number:* 2006/367 [En línea], disponible en http://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/367/pdfs/uksi_20060367_en.pdf.

[66] Publicada en *Statutory Instrument Number:* 2006/246 [En línea], disponible en http://www.legislation.gov.uk/wsi/2006/2823/pdfs/wsi_20062823_mi.pdf.

[67] Boletín Oficial del Estado de 15 de diciembre de 2006.

[68] Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 29 de marzo de 1995.

[69] GÓMEZ LAPLAZA (2009, 159), respecto del concepto *residencia habitual:* «la expresión puede referirse, aparte de al hecho de residir en un lugar (elemento material), a un concepto subjetivo («animus manendi», voluntad de residir de modo estable) o a un concepto objetivo (prescindiendo de la voluntariedad, la residencia normal y la presumible para el futuro próximo)». CAFFARENA LAPORTA (2011, 252), explica del concepto objetivo de *residencia habitual* que es «la residencia normal y la presumible en un futuro próximo».

[70] Por ejemplo, la LHA podría tener acceso completo a la propiedad y, posteriormente, declarar que por ausencia de las condiciones de habitabilidad y la inviabilidad de realizar obras para solucionar este hecho, imponiendo una orden de compra obligatoria o *Compulsory orechase order* a la que nos referiremos más adelante.

[71] Los gastos pertinentes son gastos efectuados por la LHA, con el consentimiento del *relevant proprietor,* incluidos los gastos administrativos o cualquier otro gasto efectuado con el fin de asegurar la ocupación o la adecuada gestión de la vivienda, incluyendo el coste de asegurarla.

[72] La *Locals Land Charge* es una restricción o prohibición impuesta a una determinada finca para asegurar el pago de una deuda o para limitar su uso. Esta carga es obligatoria para los sucesivos propietarios y ocupantes de la finca. Su objetivo es descubrir cualquier restricción u obligación legal en la finca para garantizar que los eventuales compradores tengan la garantía de que la finca está libre de cargas respecto de anteriores titulares.

[73] Cuando se ordene una FMO para reemplazar una FMO existente que ha expirado, si la fecha de entrada en vigor de la nueva orden es posterior a la fecha en la que caduca el pedido existente, la orden existente continúa vigente hasta esa fecha posterior. En el caso de que se proponga una nueva FMO pero se haya recurrido, el RPT realizará una orden extendiendo la vigencia de la FMO hasta la fecha en la que debiese cesar su efectividad.

[74] Cfr. BEVAN (2006, 1417), que explica que si la LHA cumple con las exigencias que el RPT exige, no desaprobará una IMO, excepto que la vivienda no fuese habitable. Contra este argumento cabe señalar que la IMO habilita para la realización de las obras necesarias para garantizar las condiciones de habitabilidad de la vivienda, de modo que en todo caso debería conceder la IMO. Sobre el papel del *Residential Property Tribunal,* atiéndase DAVEY, SMITH (2008, 151-181).

[75] La STS, 3.ª, de 29 de junio de 2010, *RJ* 2010, 5418, justifica que el ejercicio de la potestad expropiatoria debe ser proporcionado, es decir, que tiene que producir el mínimo sacrificio a la situación patrimonial del sujeto expropiado. Por su parte, la STC 48/2005 de 3 de marzo, RTC 2005, 48, manifiesta que la valoración de la necesidad en relación con la proporcionalidad debe hacerse «en el sentido de que no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia».

[76] El arrendatario puede subarrendar la vivienda arrendada de forma parcial, de conformidad con el artículo 8 LAU 1994, un precepto que tiene como antecedente inmediato el artículo 10 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 —Boletín Oficial del Estado de 29 de diciembre de 1964—, que lo preveía tanto de forma total como parcial. Para ello debe

mediar el consentimiento del arrendador que la norma exige que sea previo y escrito, aunque cabe admitirlo si es posterior y tácito porque el consentimiento puede inducirse de cualquier otro documento escrito del arrendador en el que se contenga. A pesar de la literalidad del artículo 8.2 que regula el subarrendamiento, este puede producirse de manera total o parcial, porque no se prohíbe el subarrendamiento total de forma expresa en este apartado, y además en el apartado anterior lo menciona en relación con la cesión, motivo por el cual no tendría sentido permitir la cesión total pero no el subarrendamiento. Además, en las causas de resolución del artículo 27, no se especifica si la cesión o el subarrendamiento inconsentido que legitima dicha causa tienen que tener carácter total o parcial; en consecuencia, cabe admitir ambos para que en caso de subarrendamiento total pueda resolverse el contrato.

[77] El *legal transplant* es el término utilizado para referirse al método de adoptar y promulgar normas o instituciones de otro Estado por otro en la misma línea de las disposiciones existentes en el país originario.

[78] Véase la Ley 14/2015, de 21 de julio, del impuesto sobre las viviendas vacías, y de modificación de normas tributarias y de la Ley 3/2012, de Cataluña, Boletín Oficial del Estado de 9 de septiembre de 2015, el canon por vivienda deshabitada, regulado en el artículo 57 de la Ley 3/2015, del País Vasco, y el artículo 2 de la Ley Foral 31/2013, de 31 de octubre, de modificación del artículo 132 y del Capítulo VIII del Título II de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra, Boletín Oficial del Estado de 27 de noviembre de 2013.

[79] La vivienda se considerará abandonada cuando no sea posible su uso habitacional y cuando necesite obras estructurales para cumplir con las condiciones de aislamiento necesarias para el uso habitacional.

[80] *United Kingdom Official Documents* de 18 de setiembre de 2003 [En línea], disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/26/pdfs/ukpga_20030026_en.pdf.

[81] Boletín Oficial del Estado de 15 de mayo de 2013.

[82] El plazo de la medida ha sido ampliado mediante la Ley 25/2015 y el Real Decreto-ley 5/2017, en relación con el previsto inicialmente en el Real Decreto-ley 27/2012, de dos años. Por tanto, se trata de una medida de contingencia y temporal desde su entrada en vigor y hasta el 15 de mayo de 2020. En este sentido, conviene precisar que el plazo de la suspensión no es estanco, por cuanto no se concede de cuatro años completos a toda suspensión, sino desde el inicio del proceso de ejecución hipotecaria y hasta la finalización de la vigencia de la norma.

[83] Boletín Oficial del Estado de 10 de marzo de 2012. Este anexo ha sido modificado por los artículos 2.3 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, Boletín Oficial del Estado de 29 de julio de 2015, 2.3 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, Boletín Oficial del Estado de 28 de febrero de 2015, y 8.8 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, Boletín Oficial del Estado de 15 de mayo de 2013.

[84] Boletín Oficial del Estado de 9 de septiembre de 2015.

[85] Boletín Oficial del Estado de 18 de diciembre de 2015.

[86] Boletín Oficial del Estado de 22 de febrero de 2017.

[87] El *trust* supone que el beneficiario o *beneficial interest,* que habitualmente será una *Housing Association* y la persona que ocupa la vivienda*,* adquiere un derecho real sobre el inmueble propiedad del *trustee*. En consecuencia, todo el valor de la propiedad y su eventual incremento corresponden a este beneficiario.

[88] En este sentido, resulta ilustrativa la explicación que ofrecen sobre los problemas de implementación COWAN, O'MAHONY, COBB (2016, 40): «[i]f shared ownership at the level of policy ticks all the right boxes, it creates a considerable headache for the lawyers implementing it. The problem is that shared ownership does not appear in our land law lexicon. It does not exist except in the minds of housing policy experts who dreamt it up and those who have turned that dream into a reality. Like Frankenstein's monster, the lawyers

have fashioned the different bits of tenure available to them at the time into the shape of something equivalent to shared ownership, and, with a jolt of electricity, it carne to life. And, continuing the Frankenstein theme, they are having considerable difficulty controlling it, for it has taken on a life of its own».

[89] Boletín Oficial del Estado de 8 de septiembre de 2015.

[90] Boletín Oficial del Estado de 3 de junio de 2016.

[91] Boletín Oficial del Estado de 8 de octubre de 2016.

(Trabajo recibido el 19-7-2017 y aceptado para su publicación el 4-10-2017)

El Registro Mercantil Central: historia, régimen y Registros limítrofes*

The Central Commercial Register: its history, regulations and associated Registers

por

MANUEL BALLESTEROS ALONSO
Registrador Mercantil Central

RESUMEN: El trabajo hace una somera exposición de las normas de creación del Registro Mercantil Central y de su régimen jurídico. Se detiene en la aplicabilidad al Registro Mercantil Central del principio de legitimación registral. Analiza, asimismo, la Sección de denominaciones, contemplándola como un verdadero Registro y no como una mera base de datos y expone los criterios que rigen la calificación del registrador mercantil central en materia de denominaciones. Por último, analiza las relaciones entre el Registro Mercantil Central y otros Registros, como los Mercantiles Territoriales, los de Marcas, Fundaciones, Asociaciones o Cooperativas, así como los de denominaciones de origen.

ABSTRACT: The study gives a brief exposition of the legislation creating the Central Commercial Register and the regulations that govern it. It looks at the applicability of the principle of ascribing legitimacy of registration to the Central Mercantile Register. It also analyses the Names Section, considering it to

* Este artículo sirvió de base para el discurso de ingreso del autor en la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia pronunciado en Oviedo el 28 de noviembre de 2017.

be a true Register and not a mere database and sets out the criteria that govern the central commercial registrar's assessment of names. Finally, it analyses the relations between the Central Commercial Register and other Registers, such as the Provincial Commercial Registers, Registers of Trademarks, Foundations, Associations or Cooperatives, as well as registers of designations of origin.

PALABRAS CLAVE: Registro Mercantil. Registro Mercantil Central. Denominaciones sociales. Calificación registral. Marcas. Fundaciones. Cooperativas. Asociaciones. Denominaciones de origen.

KEY WORDS: Commercial Register. Central Commercial Register. Company names. Registrar's assessment. Trademarks. Foundations. Cooperatives. Associations. Designations of origin.

SUMARIO: I. HISTORIA.—II. RÉGIMEN JURÍDICO.—III. EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN EN EL RMC.—IV. LA SECCIÓN DE DENOMINACIONES DEL REGISTRO MERCANTIL CENTRAL.—V. BREVE EXAMEN DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR MERCANTIL CENTRAL EN MATERIA DE DENOMINACIONES.—VI. REGISTROS LIMÍTROFES: 1. Los Registros Mercantiles territoriales: *1.1. En lo referente a las denominaciones sociales*: 1.1.1. Casos en que la calificación negativa del registrador mercantil territorial está motivada por datos que el registrador mercantil central no pudo conocer al calificar. 1.1.2. Casos en que ambos registradores tuvieron los mismos datos de hecho a la vista. *1.2. En lo referente al envío por los RMT al RMC de los datos de las inscripciones realizadas en aquel*. 2. Los Registros de Marcas: La Oficina española de patentes y marcas y la Oficina de propiedad intelectual de la Unión Europea. 3. Registros de otras personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil: *3.1. Inscripción en el RMC de las denominaciones de entidades no inscribibles en el RM. 3.2. El RMC y los Registros de Fundaciones. 3.3. El RMC y los Registros de Cooperativas. 3.4. El RMC y Registros de Asociaciones*. 4. Las denominaciones de origen.—VII. CONCLUSIONES.

I. HISTORIA

El Registro Mercantil Central (en adelante RMC) es, como señala GONZÁLEZ LAGUNA[1], una institución que carece de antecedentes en nuestro Derecho y cuya creación vino a incidir en la estructura institucional del Registro Mercantil, al establecerse, como decía la Exposición de Motivos del Reglamento

del Registro Mercantil (en adelante RRM) de 1989, «en la cúpula del sistema registral y a modo de pieza de cierre, el Registro Mercantil Central».

El antecedente más inmediato del RMC es el llamado Registro Central, creado por la Ley de 21 de julio de 1973, de reforma de los Títulos II y III del Libro Primero del Código de Comercio (en adelante CCom.).

En dicha reforma, en efecto, se hizo decir al último párrafo del artículo 16 del CCom. que «En la Dirección General de los Registros y del Notariado existirá un Registro Central de carácter informativo…».

Asimismo, en dicha ley se dio nueva redacción al artículo 30 del CCom., cuyo párrafo segundo decía que «Se publicará un Boletín Oficial del Registro Mercantil en el que se dará información suficiente de los datos esenciales del Registro Central que el reglamento determine….».

Dicho Registro Central, sin embargo, no llegó a funcionar efectivamente.

Con independencia de este antecedente, el RMC fue creado por la Ley 19/1989 de 25 de julio de reforma y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades.

En efecto, en dicha ley se da nueva redacción a varios preceptos, entre ellos:

> Artículo 17.3 del CCom., que establece que «En Madrid se establecerá además un Registro Mercantil Central de carácter meramente informativo, cuya estructura y funcionamiento se determinarán reglamentariamente».
>
> Artículo 18.3 del CCom., que dice que «Practicados los asientos en el Registro Mercantil, se comunicarán sus datos esenciales al Registro Central, en cuyo Boletín serán objeto de publicación…».
>
> Artículo 21.3 del CCom., conforme al cual «El Registro Central no expedirá certificaciones de los datos de su archivo, salvo con relación con las razones y denominaciones de sociedades y demás entidades inscribibles».

De esos preceptos solo el artículo 17.3 habla del RMC, mientras que los artículos 18.3 y 21.3 mantienen la terminología de los anteriores artículos 16 y 30 del CCom. y siguen hablando de Registro Central.

También hay que resaltar que el artículo 21.3 del CCom. da por supuesto que corresponde al RMC la llevanza del Registro de denominaciones sociales.

Sin embargo, y a pesar de que el RMC nace en las leyes de adaptación de nuestra legislación a la normativa europea, lo cierto es que, como señalan GONZÁLEZ LAGUNA[2] y MÉNDEZ CASTRILLÓN[3], las Directivas comunitarias no exigían que hubiese un Registro Central en los Estados miembros, por lo que la creación del RMC fue una libre decisión del legislador español que entendió que el RMC era un soporte técnico imprescindible para la publicación del BORME (este sí, exigido por las Directivas europeas) y para subsanar una

laguna que tenía el Registro Mercantil en aquel momento, laguna que consistía en que era imprescindible conocer el domicilio de la sociedad de la que se quería información, para poder solicitarla al Registro Mercantil territorial (en adelante RMT) en que estaba inscrita.

En efecto, la Primera Directiva, solo ordena, en su artículo 3.1, que «En cada Estado miembro se abrirá un expediente en un Registro Central o bien en un Registro Mercantil o Registro de Sociedades, por cada una de las sociedades inscritas». Y en su artículo 3.4 establece, eso sí, como obligatoria, la publicación en el Boletín que indique cada Estado miembro de los actos societarios.

El RMC nace, pues, como un Registro en el que se centraliza la información mercantil y que tiene como finalidad, de una parte, la meramente informativa, y de otra, la de publicar en el BORME. Sin embargo, ya en el mismo momento de su creación, se le atribuye, además, la función de inscribir las reservas denominaciones sociales, tema de que antes se ocupaba el Registro General de Sociedades que llevaba el Ministerio de Justicia.

Señala, por eso, GONZÁLEZ LAGUNA[4] que el RMC no es una institución homogénea, sino el resultado de una yuxtaposición de diversas instituciones, cada una de las cuales tiene sus propias características. Aunque, más que de yuxtaposición de instituciones, habría que decir que se atribuyen a una única institución, el Registro Mercantil Central, varias funciones heterogéneas.

El 4 de diciembre de 1989, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, emitió un informe que remitió al Consejo de Estado, sobre el proyecto de Real Decreto que aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (de 1989). En dicho informe se destacaba «la importancia de la institución del Registro Mercantil Central, que viene a sustituir, con mayores competencias, al Registro Central de carácter informativo previsto en el último párrafo del artículo 16 del CCom. en la redacción vigente a día de hoy y al Registro de Sociedades previsto en el artículo 144 del vigente Reglamento del Registro Mercantil».

Y, en efecto, el Reglamento del Registro Mercantil aprobado en el Real Decreto 1597/ 1989 de 29 de diciembre, reguló el Registro Mercantil Central con los rasgos que conserva actualmente y que luego veremos.

Indica la Exposición de Motivos de dicho Real Decreto que «El cuarto y último título se destina a la nueva institución del Registro Mercantil Central…(que) aglutina en su archivo los datos de todas las inscripciones que se practican en los Registros territoriales, lo que facilita la búsqueda de información cuando se desconoce el domicilio de los sujetos inscribibles, criterio que determina la competencia de las oficinas provinciales. Pero el Registro Mercantil Central cumple otras dos funciones de mayor relevancia: por un lado, certificar sobre las denominaciones sociales, facilitando el cumplimiento de la prohibición de identidad que las leyes establecen, y por otro, publicar el "Boletín Oficial del Registro Mercantil", clave del nuevo régimen de publi-

cidad que por imperativo de la Primera Directiva comunitaria de Sociedades instaura la nueva Ley».

El Reglamento del Registro Mercantil de 1989, dedicaba al RMC, aparte de preceptos que lo mencionaban al tratar de la remisión de datos por parte de los Registros Mercantiles territoriales, el artículo 2, c) y todo su Título IV, integrado por los artículos 343 a 393.

La disposición final sexta del RRM de 1989, autorizaba al ministro de Justicia para elaborar la Ordenanza del Registro Mercantil Central.

Esta Ordenanza fue aprobada por Orden de 30 de diciembre de 1991 que continúa vigente y que establece en su artículo 1, en cuanto al modo de llevar el Registro, que, «Conforme a lo dispuesto en el artículo 345.1 del Reglamento del Registro Mercantil, el Registro Mercantil Central funcionará mediante procedimientos informáticos en todo lo referente al archivo y tratamiento de datos, sin perjuicio de la documentación de determinadas actuaciones en los supuestos previstos en esta disposición».

Ese artículo 345.1 del RRM (de 1989) a que hace referencia el artículo 1 de la Ordenanza equivale al artículo 381 del RRM actual de 1996 que establece que «El tratamiento y archivo de los datos contenidos en el Registro Mercantil Central se llevará a cabo mediante los medios y procedimientos informáticos que sean precisos para lograr los fines a aquel encomendados».

II. RÉGIMEN JURÍDICO

El Registro Mercantil Central está, pues, regulado:

1. En el Título II del Libro I del CCom., artículos 16 a 24, que es aplicable en su totalidad al RMC. No solo aquellos de sus preceptos que mencionan específicamente al RMC, como son los artículos 17.3, 18.3 y 23.3, sino todos los demás. Lo cual es importante, pues en esos artículos se recogen los principios que rigen el Registro Mercantil y los efectos de la inscripción. Naturalmente que esos principios serán aplicables al RMC en la medida en que sean compatibles con sus especiales características.

2. En el Reglamento del Registro Mercantil vigente (en adelante RRM), aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, que le dedica los artículos 379 a 428.

De entre estos artículos interesa destacar el artículo 380, conforme la cual, «El Registro Mercantil Central estará establecido en Madrid y se regirá, en cuanto a su organización, por las disposiciones generales recogidas en los artículos 13 y siguientes de este Reglamento que le resulten de aplicación».

De modo que resultan aplicables al RMC los artículos 13 a 80, que conforman el Título I del RRM y que se refieren a temas como los libros que hay que llevar en el Registro, los asientos, el asiento de presentación, etc.

No hace remisión el artículo 380 RRM a la aplicación al Registro Mercantil Central del Título preliminar, artículos 1 al 12, que regulan temas tan importantes como los requisitos y efectos de los asientos, los principios registrales de legitimación, prioridad, etc. Sin embargo, hay que concluir que ese Título Preliminar es aplicable al RMC, porque así resulta de que lo sea, como hemos visto antes, el Título II del Libro I del CCom., porque hay varios de esos preceptos que se refieren expresamente al RMC y porque al tratarse del Título preliminar del RRM debe aplicarse a todos los Registros Mercantiles que el Reglamento contempla, tanto a los territoriales como al Central.

3. Por último, el RMC está regulado en la Ordenanza del Registro Mercantil Central, aprobada por Orden de 30 de diciembre de 1991.

III. EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN EN EL RMC

Interesa ahora detenernos un momento en la aplicación al RMC del principio de legitimación, recogido en el artículo 20.1 del CCom., conforme al cual: «El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad».

Pues bien, hemos visto que son aplicables al RMC los artículos 16 a 24, que conforman el Título II del Libro I del CCom., que regulan los principios que rigen el Registro Mercantil y los efectos de la inscripción, entre los cuales está el artículo 20.1 citado. Y hemos dicho también que esos principios serán aplicables al RMC en la medida en que sean compatibles con sus especiales características.

Ahora bien, el fundamento del principio de legitimación está en la calificación del registrador. Como dice José Manuel GARCÍA GARCÍA[5] «esta presunción legitimadora que impone la seguridad jurídica, carecería de fundamento si no existiera la calificación registral». Por ello, con arreglo a dicho criterio, solo aquellos asientos que el registrador realiza como consecuencia de su función de calificar están bajo la salvaguarda de los Tribunales. Por el contrario, no pueden estar protegidos por el principio de legitimación los meros apuntes informáticos realizados sin la previa calificación del registrador.

Así pues, por lo que se refiere al principio de legitimación en el RMC, hay que distinguir. Parece indudable que se aplica dicho principio a los apuntes que constan en las bases de datos de la Sección de denominaciones, en tanto en cuanto los ha practicado el registrador tras haber ejercido su función calificadora. Así lo ha reconocido la DGRN en resoluciones como las de 22 de diciembre de 1995, 24 de febrero de 1999 o la de 10 de mayo de 2000.

Por el contrario, no puede aplicarse el principio de legitimación a la base de datos general de publicidad mercantil. En primer lugar porque para con-

formar esa base de datos el registrador mercantil central no realiza ninguna función calificadora. También porque dicha base de datos no es autónoma, sino que está formada con los que han enviado los RMT. Y, finalmente, porque, por más que busque el legislador que la información del RMC sea completa, es inevitable alguna falta de paralelismo entre los RMT y el RMC, aunque solo sea como consecuencia del lapso de tiempo, por ínfimo que sea, que transcurre desde que se practica la inscripción en el RMT hasta que esta se comunica al RMC.

Ese es el motivo por el que el artículo 382.3 del RRM establece que el registrador mercantil central «en ningún caso podrá expedir certificaciones, salvo las referidas a denominaciones». Y por el que el artículo 382.1 ordena que en las notas informativas que expida el RMC «se advertirá de las limitaciones relativas a la información que se facilita».

Por consiguiente, en caso de inexactitud de un dato de la base de datos general de información mercantil del RMC no será necesario para su rectificación una resolución judicial, sino la comunicación del dato correcto por parte del Registro Mercantil territorial correspondiente. Porque a lo que se aplica plenamente el principio de legitimación es a los asientos practicados en estos.

Lo cual no quiere decir que no haya una presunción *iuris tantum* de veracidad de la información que proporciona el RMC. Dice al respecto MÉNDEZ CASTRILLÓN, refiriéndose a la base de datos de información mercantil del RMC, que «el RMC es un Registro… (al) …que se traslada un cierto contenido de las inscripciones que se practican en otros Registros, los Mercantiles, de modo que el traslado de esa información nada añade a la eficacia que la propia inscripción pueda tener». No obstante, añade este autor, las notas informativas que expide el RMC «al provenir de un organismo público y ser reflejo de las inscripciones practicadas en los RRMM, que están bajo la salvaguardia de los Tribunales, gozan de una presunción de veracidad y exactitud *iuris tantum,* en términos semejantes a las notas que expiden los Registros de la Propiedad y Mercantiles».

IV. LA SECCIÓN DE DENOMINACIONES DEL REGISTRO MERCANTIL CENTRAL

No pretendemos hacer ahora un estudio detallado de la Sección de denominaciones del RMC, pero sí haremos algunas consideraciones con relación a ella.

El archivo y publicidad de las denominaciones sociales es, como hemos visto, una de las funciones del RMC.

Uno de los primeros pasos para constituir una sociedad (o para cambiar su denominación), es, en efecto, reservar en el RMC la denominación que se pretende tenga.

Indica el artículo 409 del RRM que «A solicitud del interesado, el registrador mercantil central expedirá certificación expresando, exclusivamente, si la denominación figura o no registrada y, en su caso, los preceptos legales en que basa su calificación desfavorable».

A esa certificación que acredita de una parte, que la denominación de que se trata no aparece anteriormente reservada y, de otra, que se ha reservado la denominación solicitada, la denomina el artículo 413 del RRM, «certificación negativa».

Esta certificación negativa deberá incorporarse a la escritura de constitución o de elevación a públicos de los acuerdos de cambio de denominación, con arreglo al artículo 413 del RRM.

No deja de llamar la atención la forma de ver las cosas, por así decirlo, poco simétrica del RRM. En efecto, en el artículo 413, al dar nombre a la «certificación negativa», se fija, no en la reserva que se ha realizado, sino en que la denominación no estaba reservada previamente. Al contrario, en el artículo 409, al hablar de la certificación que acredita que la denominación sí estaba previamente registrada, se fija en que su contenido es una «calificación desfavorable». Esa visión se ha trasladado a la terminología, y, en la práctica, esta última certificación que deniega la reserva recibe el nombre de «certificación denegatoria».

Lo cual dibuja una imagen «oscura» del RMC, que sería un Registro que no emitiría ninguna señal de humo positiva, puesto que sus certificaciones son o bien «negativas» o bien «desfavorables» o «denegatorias». Cuando lo cierto es que la mayor parte de la actividad del RMC consiste en responder positivamente a las solicitudes de los interesados de «incorporar» a su base de datos las reservas de denominaciones sociales.

La llamada «certificación negativa» bien podría llamarse «certificación positiva», si se centrase la atención en que la denominación ha quedado reservada, en vez de fijarla en que la denominación no constaba previamente reservada.

Esa visión asimétrica revela que hay tanto en el RRM como en la práctica, dos formas de enfocar la actividad del RMC. En unos casos (en el de las certificaciones negativas), parece que el RMC fuese una mera base de datos (de denominaciones sociales) de la que los registradores expiden certificaciones, mientras que, en otros (en las certificaciones desfavorables o denegatorias), el RRM ve en el RMC un Registro en que, como en los demás, se practican asientos. Y este de si el RMC es una simple base de datos o un verdadero Registro es un asunto que, por razones obvias, es importante esclarecer.

A estos efectos es importante recordar que, como hemos visto antes, resultan aplicables al RMC, en la medida en que sean compatibles con sus especiales características, el Título II del Libro I del CCom., artículos 16 a 24, y el Título I del RRM, artículos 13 a 80, que se refieren a los libros que hay que llevar en el Registro, los asientos, al asiento de presentación, etc.

Entre esos preceptos está, por ejemplo, el artículo 33, que en su número 1 dice que «1. En los libros del Registro se practicarán las siguientes clases de asientos: asientos de presentación, inscripciones, anotaciones preventivas, cancelaciones y notas marginales». Y dice el mismo artículo 33 en su número 2 que «2. Los Registradores autorizarán con su firma los asientos…».

Siendo aplicables al RMC tales normas, parece que tendría que haber una expresa que excluyese que en él se puedan practicar asientos registrales y que justificase concebir al RMC como una mera base de datos. Pero ocurre exactamente lo contrario, porque el RRM habla expresamente en varios lugares de distintos tipos de asientos que se practican en el RMC.

Ciertamente, el artículo 412 del RRM, habla de «incorporación» de la denominación y no de «inscripción» de la misma. Dice, en efecto, ese artículo que: «Expedida certificación de que no figura registrada la denominación solicitada, se incorporará esta a la Sección de denominaciones, con carácter provisional, durante el plazo de seis meses, contados desde la fecha de expedición».

Ahora bien, ese mismo artículo habla de «denominación registrada» y otros preceptos hablan de «registro» de la denominación. Y ese concepto de «registro» ya es más parecido al de «asiento» o «inscripción». Así, por ejemplo, el artículo 415 del RRM, que establece que «Una vez inscrita la sociedad o entidad, el registro de la denominación se convertirá en definitivo».

Pero además, resulta del RRM que en el RMC, aparte de esos de «incorporación» o «registro», otro tipo de asientos registrales.

En primer lugar el asiento de presentación. Efectivamente, por aplicación de los artículos 23 y 25 del RRM, aplicables al RMC, hay que llevar un Libro Diario en que consten por orden cronológico las solicitudes de reserva de denominación. Lo cual es consecuencia del principio de prioridad, por virtud del cual las denominaciones inscritas excluyen a las iguales a ellas que pretendan acceder posteriormente al RMC, lo cual exige que las solicitudes deban calificarse por orden cronológico de acceso al Registro.

También, las cancelaciones, por ejemplo las que se producen por caducidad prevenidas en el artículo 412.2 RRM, que dice que «2. Si transcurrido el plazo a que se refiere el apartado anterior no se hubiera recibido en el Registro Mercantil Central comunicación de haberse practicado la inscripción de la sociedad o entidad, o de la modificación de sus estatutos en el Registro Mercantil correspondiente, la denominación registrada caducará y se cancelará de oficio en la Sección de denominaciones».

Están previstos, además, en el RRM asientos de prórroga:

a) Bien sea la prórroga prevista en el artículo 412.3 del RRM: «3. Si el documento presentado en el Registro Mercantil estuviera pendiente de despacho por cualquier causa, el Registrador comunicará esta circunstancia al Registrador Mercantil Central dentro de los quince últimos días del

plazo de reserva de la denominación, quedando prorrogada, por virtud de la comunicación, la duración de dicha reserva durante dos meses, contados desde la expiración del plazo».

b) Bien sea la prórroga prevista en el artículo 412.4 RRM: «4. Si se hubiese interpuesto recurso gubernativo contra la calificación del Registrador Mercantil, este lo comunicará al Registrador Mercantil Central, a los efectos de prorrogar la reserva de la denominación durante dos más, contados desde la fecha de la resolución de aquel».

Las anotaciones preventivas, sin embargo, no están expresamente previstas en las normas que el RRM dedica al RMC. Pero, por aplicación de la regla general del artículo 33.1 RRM, podría haber lugar a la practicarlas.

Por ejemplo, una anotación preventiva de demanda, si la ordenase el juez como medida cautelar en un procedimiento entablado contra el beneficiario de una denominación reservada provisionalmente. Dicha anotación preventiva puede tener utilidad, habida cuenta que mientras la sociedad que se pretende constituir no se haya inscrito en el Registro Mercantil territorial, no hay otro Registro donde practicarla.

Otro caso, que se ha dado en la práctica, es el de ordenar el juez la ejecución provisional de una sentencia que revoca la calificación negativa del registrador mercantil central y que ha sido apelada. Esa ejecución, en cuanto lo es de una sentencia firme, no puede dar lugar a la expedición de una certificación negativa ordinaria, con los efectos del artículo 412 del RRM, pues lo impide el artículo 524 de la LEC. Y parece que, con arreglo a este, lo que procedería es practicar una anotación preventiva.

El RMC es, pues, un auténtico Registro y no una mera bases de datos informática. Un Registro más en el que se practican asientos, de cuyo contenido se expiden certificaciones y al que se aplican supletoriamente las normas del RRM y del RH.

Es cierto, sin embargo, que se echa de menos una regulación expresa de la materia. Ahora bien, la ausencia de normas expresas no quiere decir que la regulación no exista, pues la laguna legal debe integrarse por la aplicación de las normas generales.

En realidad, esa falta de regulación expresa es perfectamente explicable por motivos históricos. Efectivamente, el RMC es, desde su origen, un Registro totalmente informático, y esto en 1989 hacía imposible la aplicación de las normas generales reguladoras de los asientos. Aun así, el legislador no excluyó la aplicación al RMC de tales normas, sino que, al contrario, las declaró aplicables, quizá aguardando a que futuros desarrollos tecnológicos permitiesen un Registro electrónico.

Que es exactamente lo que ha ocurrido. En efecto, la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, modificada por la Ley 24/2005 regula la atribución y uso de la

firma electrónica reconocida a los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, en el ejercicio de sus funciones públicas. Y el artículo 108 de esa Ley establece que «1… Los… registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, deberán disponer para la adecuada prestación de sus funciones públicas de firma electrónica reconocida».

Por otra parte, el artículo 238 de la Ley Hipotecaria, modificado por esa Ley 24/2005, que establece que «Los libros de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles deberán llevarse por medios informáticos».

No parece, pues, que en la actualidad exista obstáculo para la extensión de asientos electrónicos en el RMC, asientos que, como todos los demás que se practican en los Registros, sean firmados por el registrador con su firma electrónica reconocida.

Es evidente que la aplicación de dichos criterios transformaría la actual configuración actual de la Sección de denominaciones del RMC y que mejoraría sustancialmente la seguridad de las «incorporaciones» de las reservas de denominaciones sociales, así como de los demás asientos que hemos visto se practican en el RMC, que no serían ya simples apuntes de una base de datos, sino que constarían en un asiento autorizado por la firma del registrador.

No parece, además, que para configurar la Sección de denominaciones del RMC conforme a lo que venimos exponiendo, haga falta una norma expresa, pues, como hemos visto, no hay ninguna vigente que prohíba esta forma de hacer las cosas y, al contrario, hay muchas, que hemos visto antes, que la apoyan. Aunque es obvio que sería razonable que la DGRN dictase algún tipo de resolución o Instrucción, aunque fuese a los solos efectos de dar el visto bueno a la modificación de la praxis que el RMC ha venido siguiendo desde su creación.

V. BREVE EXAMEN DE LOS CRITERIOS REGLAMENTARIOS QUE RIGEN LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR MERCANTIL CENTRAL EN MATERIA DE DENOMINACIONES

No vamos a hacer ahora un análisis exhaustivo de todos los criterios que reglamentariamente regulan la calificación del registrador mercantil central en materia de denominaciones, sino solo a enumerarlos brevemente. Dichos principios se configuran en el RRM como una serie de prohibiciones, que son:

En primer lugar, la prohibición general recogida en el artículo 404 RRM que: «No podrán incluirse en la denominación términos o expresiones que resulten contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres».

Luego, en segundo lugar, la prohibición de denominaciones oficiales del artículo 405 RRM: «1. Las sociedades y demás entidades inscribibles en el Registro Mercantil no podrán formar su denominación exclusivamente con el nombre de España, sus Comunidades Autónomas, provincias o municipios. Tam-

poco podrán utilizar el nombre de organismos, departamentos o dependencias de las Administraciones públicas, ni el de Estados extranjeros u organizaciones internacionales. 2. Los adjetivos "nacional" o "estatal" solo podrán ser utilizados por sociedades en las que el Estado o sus organismos autónomos ostenten directa o indirectamente la mayoría del capital social. Los adjetivos "autonómico", "provincial" o "municipal" solo podrán ser utilizados por sociedades en las que la correspondiente administración ostente directa o indirectamente la mayoría del capital social. El adjetivo "oficial" y demás de análogo significado solo podrán ser utilizados por las sociedades en que la Administración pública ostente la mayoría del capital. 3. Las prohibiciones establecidas en este artículo no serán de aplicación cuando el empleo en la denominación de las expresiones a que se refieren se halle amparado por una disposición legal o haya sido debidamente autorizado».

En tercer lugar, se prohíben las denominaciones que induzcan a error. Establece el artículo 406 RRM que: «No podrá incluirse en la denominación término o expresión alguna que induzca a error o confusión en el tráfico mercantil sobre la propia identidad de la sociedad o entidad, y sobre la clase o naturaleza de estas».

Esta prohibición muy amplia es, evidentemente, un cajón de sastre para todos aquellos casos no expresamente contemplados en las normas. Por ejemplo, denominaciones que incluyen las palabras fundación, cooperativa, banco, fondo, o partículas (.com,.es,.uk,.fr, etc.) que producirían confusión entre la denominación social y de un dominio de internet, o aquellas que podrían hacer pensar en una sociedad extranjera (como Ltd.), o en un tipo social distinto del adoptado («y cía.», cuando se trata de una SL, por ejemplo), etc.

Por último, se prohíbe la identidad entre denominaciones. Conforme al artículo 407 RRM: «1. No podrán inscribirse en el Registro Mercantil las sociedades o entidades cuya denominación sea idéntica a alguna de las que figuren incluidas en la Sección de denominaciones del Registro Mercantil Central. 2. Aun cuando la denominación no figure en el Registro Mercantil Central, el notario no autorizará, ni el registrador inscribirá, sociedades o entidades cuya denominación les conste por notoriedad que coincide con la de otra entidad preexistente, sea o no de nacionalidad española».

Esa prohibición de identidad tiene dos vertientes: a) con referencia a denominaciones inscritas en el RMC y b) con referencia a denominaciones de entidades que conste por notoriedad que existen.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que se produce identidad entre denominaciones aunque la coincidencia no sea absoluta. En efecto, el artículo 408.1 del RRM regula los criterios para calificar la identidad relativa entre denominaciones. Establece que:

«1. Se entiende que existe identidad no solo en caso de coincidencia total y absoluta…, sino también cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

1.ª La utilización de las mismas palabras en diferente orden, género o número.

2.ª La utilización de las mismas palabras con la adición o supresión de términos o expresiones genéricas o accesorias, o de artículos, adverbios, preposiciones, conjunciones, acentos, guiones, signos de puntuación u otras partículas similares, de escasa significación.

3.ª La utilización de palabras distintas que tengan la misma expresión o notoria semejanza fonética».

En este punto, como ha señalado ESTURILLO[6], el RRM trató de combinar dos posiciones doctrinales distintas, la partidaria de prohibir estrictamente las denominaciones idénticas y la que se inclinaba a prohibir también las denominaciones semejantes. Esta última posición, recogida, aunque no completamente, en el RRM, había sido criticada por PAZ ARES[7] que entendía que «peca por exceso, pues conduce a establecer requisitos manifiestamente desproporcionados en relación con la normativa típica de denominaciones».

Esa normativa se completa con lo que dispone el artículo 10 de la Ordenanza del RRM, que dice:

— respecto de las traducciones, que: «2. Cuando la denominación solicitada sea traducción de otra que ya conste en el Registro, solo se considerará que existe identidad cuando, a juicio del registrador, se dé notoria semejanza fonética entre ambas o socialmente se consideren iguales».
— y respecto de los términos genéricos, que «3. Los términos o expresiones genéricas o accesorias, a que se refiere la regla 2 del artículo 373.1 del Reglamento del Registro Mercantil (actual art. 408.1 RRM), serán apreciados por el registrador teniendo en cuenta su efecto diferenciador y su uso generalizado. Una relación de los mismos estará a disposición del público en el Registro Mercantil Central y en todos los Registros Mercantiles».

Efectivamente, el listado de palabras genéricas está disponible en la página web del Registro Mercantil Central.

Por otra parte rige, en materia de denominaciones, el principio de autorización. En efecto, lo que está prohibido por el artículo 407 es la identidad absoluta. Para los casos en que la identidad no es completa, es posible inscribir la reserva de la denominación solicitada si concurre la autorización de la entidad respecto de la cual se produce la identidad relativa. Así resulta del artículo 408.2 del RRM.

Por último, establece el artículo 408.3 que «3. Para determinar si existe o no identidad entre dos denominaciones se prescindirá de las indicaciones relativas a la forma social o de aquellas otras cuya utilización venga exigida por la Ley».

VI. REGISTROS LIMÍTROFES

La actividad del RMC tiene relación con otros Registros que llamaremos sus Registros limítrofes. Pueden destacarse entre ellos:

1. Los Registros Mercantiles territoriales

Evidentemente es de los Registros Mercantiles territoriales (en adelante RMT) de los que por antonomasia se puede predicar el carácter de limítrofes con el RMC.

Entre los RMT y el RMC hay posibilidad de roce, en dos momentos:

1.1. En lo referente a las denominaciones sociales

Efectivamente, el registrador mercantil territorial, a la hora de inscribir la constitución o el cambio de denominación de una sociedad, califica aspectos que, de un modo o de otro, se refieren a la denominación social.

Se produce, pues, una confluencia entre las calificaciones de los registradores mercantiles territoriales y los centrales, derivada de que a ambos les incumbe aplicar las normas referentes a las denominaciones sociales.

En efecto, aunque el título IV del RRM lleve por título «Del Registro Mercantil Central», solo algunas de sus normas, básicamente las de carácter procedimental y organizativo de la sección 3.ª del Capítulo III, titulada «Del funcionamiento de la Sección de denominaciones», pueden entenderse dirigidas solo al registrador mercantil central. Al contrario, los preceptos de las Secciones 1.ª y 2.ª, tituladas «Disposiciones generales» y «De la composición y de la denominación de las sociedades y demás entidades inscribibles», son normas sustantivas que afectan también a los registradores mercantiles territoriales.

En cualquier caso, la confluencia de calificaciones registrales de que hablamos no es total, sino parcial, en tanto en cuanto, si es cierto que puede dar lugar a que una denominación reservada en el RMC sea rechazada en el RMT, no podrá dar nunca lugar a que ocurra lo contrario, es decir, que el RMT acepte una denominación que el RMC haya rechazado. Así resulta de los artículos 413 y 414.2 del RRM.

Casos de conflicto de calificaciones en materia de denominaciones.- El registrador mercantil territorial puede, pues, denegar la inscripción de algún acto societario por razones que tengan que ver con la denominación social. Y esto en varios casos que se podrían agrupar del siguiente modo:

1.1.1. Casos en que la calificación negativa del registrador mercantil territorial está motivada por datos que el registrador mercantil central no pudo conocer al calificar. En este grupo están, por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad:

Los que tienen que ver con el objeto social, por ejemplo:

• Cuando la denominación social objetiva cuya reserva provisional quedó inscrita en el RMC hace referencia a actividades que no están incluidas en el objeto social.

Efectivamente, establece el artículo 402 del RRM, «2. No podrá adoptarse una denominación objetiva que haga referencia a una actividad que no esté incluida en el objeto social…».

El rechazo por parte del RMT está fundado en el dato del objeto social, que el RMC desconocía en el momento de hacer la reserva de la denominación, por lo que, digámoslo así, la discrepancia entre las calificaciones es razonable.

• Podrían incluirse aquí los casos de que se ocuparon las RRDGRN de 23 de septiembre de 2015 y 6 de septiembre de 2016, que trataban de sociedades que incluían en su denominación las palabras «ingeniería» y «arquitectura» y cuyo objeto social no era el desempeño de esas actividades profesionales, sino la intermediación en las mismas. La DGRN rechazó la inscripción, indicando que la utilización en la denominación de los términos «ingeniería» o «arquitectura» sin hacer la precisión de que la actividad es de intermediación, da lugar a confusión, porque presenta en el tráfico jurídico y mercantil como una sociedad de ingeniería o arquitectura, a los que, en realidad, es de intermediación en esas actividades.

• En materia de sociedades profesionales, el artículo 2 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades profesionales establece que «Las sociedades profesionales únicamente podrán tener por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales…». Y conforme al artículo 6.5 de la misma Ley, «5. En la denominación social deberá figurar, junto a la indicación de la forma social de que se trate, la expresión "profesional"….».

Pues bien, también aquí el RMC no sabe, en el momento de inscribir o denegar la reserva de denominación de una sociedad profesional, si el objeto social será el propio de estas, dato que, sin embargo, sí conocerá el RMT cuando califique, pues lo hace teniendo a la vista los estatutos sociales, por lo que podría ocurrir que denegase este la inscripción de una sociedad con denominación reservada en el RMC. Por ejemplo, la RDGRN de 6 de junio de 2016 confirmó la calificación del registrador y rechazó la inscripción de una sociedad cuya denominación indicaba que era sociedad profesional y cuyo objeto social, sin embargo, excluía expresamente con las actividades sujetas a la Ley 2/2007, de sociedades profesionales.

• Otro caso, es el de las sociedades cuyo objeto social incluye actividades reservadas a entidades sujetas a autorizaciones administrativas previas que no

es necesario, ni a veces posible, haber obtenido en el momento de solicitar la inscripción de la reserva provisional de denominación en el RMC.

Es el caso, por ejemplo, de los establecimientos financieros de crédito, de acuerdo con la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial y el Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre Régimen jurídico de los Establecimientos Financieros de Crédito.

Y el caso también de los Bancos, conforme al Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, y a la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; también aquí, por consiguiente, puede ocurrir que haya discrepancia de calificaciones.

• También dentro del grupo a) estaría el caso en que el registrador mercantil territorial considerase inadmisible determinada denominación admitida por el registrador mercantil central, por entender aquel que tal denominación coincide con la de una entidad preexistente.

Efectivamente, ya hemos visto que el artículo 407.2 del RRM dice que «Aun cuando la denominación no figure en el Registro Mercantil Central, el Notario no autorizará, ni el Registrador inscribirá, sociedades o entidades cuya denominación les conste por notoriedad que coincide con la de otra entidad preexistente, sea o no de nacionalidad española».

La falta de coincidencia de los juicios de los registradores mercantil territorial y central es perfectamente explicable en algunos casos, pues la identidad a que se refiere el artículo 407.2 es con relación a cualesquiera tipo de entidades, inscribibles o no en el RM, y de cualquier nacionalidad, de modo que puede ocurrir que la entidad no inscrita preexistente a que la identidad se refiere (una fundación, por ejemplo, o una asociación) sea notoriamente conocida en la provincia del RMT, pero no en el resto de España.

Aunque parece que lo razonable sería arbitrar las medidas para que el caso quedase reducido a entidades extranjeras, de modo que hubiese algún procedimiento para que el registrador mercantil central, al calificar, pudiese contrastar si existe o no una entidad española con nombre idéntico o muy similar. A estos efectos, es evidente que sería un paso adelante en la seguridad jurídica que el RMC centralizase las denominaciones de todo tipo de entidades. Tema sobre el que volveremos más adelante.

• Otro supuesto interesante es el que trató la RDGRN de 19 de abril de 2016. Era una sociedad en cuya denominación formaban parte dos apellidos y ocurría que nadie con tales apellidos comparecía en la escritura de constitución de la misma. La denominación estaba reservada en el RMC, pero el registrador mercantil territorial denegó la inscripción y la DGRN confirmó su calificación en base al artículo 401 del RRM, conforme al cual, «En la denominación de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada o de una entidad sujeta a inscripción, no podrá incluirse total o parcialmente el nombre o el seudónimo de una persona sin su consentimiento. Se presume prestado el consentimiento

cuando la persona cuyo nombre o seudónimo forme parte de la denominación sea socio de la misma».

Ambas calificaciones son compatibles: el RMC puede reservar la denominación aunque el apellido del beneficiario de la certificación no coincida con los apellidos incluidos en la denominación, pues, de una parte, unos apellidos no identifican a una persona, y en segundo lugar, la persona cuyos apellidos se utilizan puede prestar el consentimiento tácito a que se refiere el artículo 401 del RRM, mediante su comparecencia como socio a la escritura de constitución de la sociedad.

1.1.2. Casos en que ambos registradores tuvieron los mismos datos de hecho a la vista

Son casos en que, por consiguiente, la diferencia de calificación se deriva, sencillamente, de un distinto criterio sobre la aplicación de una norma. Podrían mencionarse los siguientes:

— Habría que clasificar dentro de este grupo el caso, derivado de la aplicación del artículo 407.2, cuando la entidad preexistente con la que el registrador mercantil territorial alega, para no inscribir, razones de identidad sea una entidad inscrita en el RM de cuya existencia, al tratarse de una entidad inscrita, el registrador mercantil central ya tuvo conocimiento al inscribir a reserva de denominación. Son casos, por tanto en que el registrador mercantil territorial considera idéntica a otra reservada una denominación que sin embargo el registrador mercantil central ha reservado.

— También dentro del grupo b) están casos en que el registrador mercantil territorial entra de lleno en la idoneidad de la denominación que se pretende a inscribir, llegando solución distinta de aquella a la que llegó el registrador mercantil central:

• Es, por ejemplo, el caso tratado en la RDGRN de 16 de marzo de 2012, en que la registradora mercantil rechazaba una denominación que incluía el término «Finanzia», por considerar que está reservado a los establecimientos financieros de crédito. La DGRN no dio la razón a la registradora territorial, pero admitió su competencia para calificar, a pesar de que la denominación estaba reservada en el RMC.

• Y es también el caso que trató la RDGRN de 1 de diciembre de 1997, en que la registradora mercantil estimaba que en una denominación reservada en el RMC se incluía un anagrama e incumplía el principio de unidad de denominación establecido en el artículo 398 del RRM. También aquí entendió la DGRN que el registrador mercantil territorial era competente para calificar lo que el RMC ya había calificado.

• También estaría dentro del segundo grupo b) el caso, teóricamente posible, en que el registrador mercantil territorial considerase inadmisible, por contraria

a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, conforme al artículo 402 del RRM, una denominación que sin embargo el registrador mercantil central ha reservado.

A nuestro entender, estos casos del grupo b) son supuestos en que el registrador mercantil territorial está extralimitándose en su calificación, pues no es razonable ni compatible con la seguridad jurídica que el registrador mercantil territorial pueda desvirtuar la reserva de denominación que ha practicado el registrador mercantil central. Ahora bien, no es este el criterio de la DGRN.

Efectivamente, la confluencia de las calificaciones de ambos registradores mercantiles central y territorial ha sido tratada por la DGRN, además de en las resoluciones que hemos visto, en otras en que ha afirmado la competencia del registrador mercantil territorial para calificar en materia de denominaciones, entre las que pueden citarse:

> Las de 6 y 23 de abril de 2002 en que indicó la DGRN que «No cabe admitir el argumento del recurrente en el sentido de que la falta de identidad entre la denominación adoptada y otra preexistente había sido ya calificada por el registrador mercantil central al aceptar su reserva, pues, aunque así haya ocurrido, ello no veda, como ya señaló la Resolución de este Centro Directivo de 1 de diciembre de 1997, la facultad calificadora de los registradores mercantiles territoriales sobre tal extremo, tal como se la reconoce el artículo 407.2 del Reglamento del Registro Mercantil».
>
> La de 4 de octubre de 2005, en que la DGRN entendió que «no cabe admitir el argumento del recurrente en el sentido de que es el Registro Mercantil Central a quien el Reglamento atribuye competencia en materia de denominaciones sociales, pues como ha establecido este Centro Directivo en doctrina reiterada aunque la falta de identidad entre la denominación adoptada y otra preexistente haya sido calificada por el registrador mercantil central al aceptar su reserva, ello no veda la facultad calificadora de los registradores mercantiles territoriales sobre tal extremo, tal y como se reconoce en el artículo 407.2 del Reglamento del Registro Mercantil».

En nuestra opinión el criterio de la DGRN es criticable y debe ser interpretado restrictivamente. De hecho, el artículo 407.2 RRM que citan las resoluciones indicadas para fundamentar la competencia del registrador mercantil territorial en materia de denominaciones se refiere solo al aspecto de la identidad de la denominación con otra existente. Lo razonable, como hemos dicho, es que la identidad a que se refiere el citado precepto sea solo con referencia a entidades no inscritas de que el registrador mercantil central no pudo haber tenido conocimiento. O cuando la calificación del registrador mercantil territorial esté

basada en datos de hecho que el registrador mercantil central no pudo haber tenido en cuenta.

Y es que, en efecto, es contrario al principio constitucional de seguridad jurídica, que el ciudadano que ha obtenido una reserva de denominación en el RMC vea luego denegada en el RMT la inscripción de esa denominación cuando los fundamentos del rechazo ya pudieron ser tenidos en cuenta por el registrador mercantil central.

No se puede olvidar que los asientos del RMC están «bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad», según establecen los artículos 20 del Código de Comercio y artículo 7.1 del RRM, aplicables también al RMC, como hemos visto antes y como ha reconocido la DGRN en resoluciones como las de 22 de diciembre de 1995, 24 de febrero de 1999 ó la de 10 de mayo de 2000. Se echa de menos que las resoluciones de la DGRN no hayan utilizado este argumento para rechazar de plano determinadas calificaciones negativas de los registradores mercantiles territoriales.

En cualquier caso, no estaría de más, en este punto que tratamos, una norma expresa que limitase en el sentido que venimos indicando las posibilidades de discrepancia entre RMC y RMT y que reserve al registrador mercantil central la calificación en materia de denominaciones.

1.2. En lo referente al envío por los RMT al RMC de los datos de las inscripciones realizadas en aquel

Ya hemos visto antes que conforme al artículo 384 del RRM, «Los registradores mercantiles remitirán al registrador mercantil central los datos a los que se refiere este Reglamento inmediatamente después de la práctica del asiento correspondiente. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 370».

Este artículo 370 del RRM es el que hace referencia a la remisión al RMC y publicación en el BORME del depósito de cuentas de las sociedades. Dice, en efecto, el artículo 370 que «…los registradores mercantiles remitirán al registrador mercantil central una relación alfabética de las sociedades que hubieran cumplido en debida forma, durante el mes anterior, la obligación de depósito de las cuentas anuales. Si esa obligación hubiera sido cumplida fuera del plazo legal, se indicará expresamente en cada caso… 3. El Boletín Oficial del Registro Mercantil publicará el anuncio de las sociedades que hubieran cumplido con la obligación de depósito».

La finalidad de la remisión de datos al RMC por parte de los RMT es doble: de una parte procurar a aquel los datos necesarios para la edición diaria del BORME y, de otra, conformar la base de datos del RMC de la que este dará publicidad conforme a los artículos 379 y 382 del RRM.

El RRM regula en los artículos 386 a 392 los datos que los RMT deben remitir al RMC distinguiendo según el tipo de los sujetos inscritos.

La normativa del RRM está dirigida a obtener un paralelismo entre la información de los RMT y la del RMC, de tal manera que este pueda cumplir con sus finalidades: la ordenación, tratamiento y publicidad meramente informativa de los datos que reciba de los RMT, y la publicación del BORME.

Hasta tal punto quiere el legislador que exista ese paralelismo entre la información mercantil de los RMT y la del RMC, que el artículo 384 del RRM indica que la remisión de datos la harán los registradores mercantiles territoriales «inmediatamente después de la práctica del asiento correspondiente». Se trata, evidentemente, de reducir al mínimo el lapsus temporal en que podría ocurrir que la información mercantil de uno y otro Registro no coincidiese. Y a esa misma finalidad se dirige lo que dispone el que la remisión de los datos se haga en soportes informáticos o telemáticamente, conforme al artículo 385 del RRM.

Naturalmente que la información completa de los actos inscritos no está en el RMC, sino en los RMT, pues las comunicaciones de estos a aquel se refieren solo a los datos que indican el RRM y a veces, por ejemplo en el caso del objeto social, solo contienen un extracto de lo inscrito. Ese es el motivo de que, como ordena al artículo 382 del RRM, el RMC deba advertir, en sus notas informativas «de las limitaciones relativas a la información que se facilita». Y es el motivo también, de que, conforme a ese mismo artículo, «3. En ningún caso podrá expedir certificaciones, salvo las referidas a denominaciones».

Sin embargo, desde la entrada en vigor de la Ley 25/2011 se ha roto parcialmente el paralelismo entre el RMC y los RMT, pues desde esa fecha, algunos de estos han dejado de remitir a aquel la comunicación de los depósitos de cuentas de las sociedades.

La Exposición de Motivos de esa Ley 25/2011 anunciaba, en efecto, que, en materia de cuentas anuales, …para reducir el coste de su depósito la norma suprimía la publicación en el BORME del anuncio de las sociedades que hubieran cumplido con esa obligación de depósito, de escasa utilidad, …pues las actuales posibilidades de acceso telemático al Registro Mercantil suplen las funciones que años atrás podía cumplir la publicación de las listas de sociedades que habían depositado las cuentas anuales.

En efecto, la Ley 25/2011, suprimió el número 1 del artículo 281 de la LSC, que decía que «1. El primer día hábil de cada mes, los registradores mercantiles remitirán al Registro Central una relación de las sociedades que hubieran cumplido durante el mes anterior la obligación de depósito de las cuentas anuales. El Boletín Oficial del Registro Mercantil publicará el anuncio de las sociedades que hubieran cumplido con la obligación de depósito».

A partir, pues, de la entrada en vigor de la Ley 25/2011, desaparecieron: 1) la obligación de formar y publicar las listas de sociedades incumplidoras de

la obligación de depositar cuentas, 2) la obligación de publicar en el BORME el hecho del depósito de cuentas y 3) la necesidad de pagar la tasa para la publicación en el BORME que establece el artículo 426 del RRM.

No fue, sin embargo derogado el artículo 370 del RRM, que hemos visto antes, por lo que se suscitó la duda de si tras la Ley 25/2011, los RMT ya no tenían obligación de remitir al RMC los datos relativos a las sociedades que habían depositado cuentas. El asunto fue objeto de una consulta que formuló el RMC y contestó la DGRN el 3 de septiembre de 2012, en el sentido de que tras la Ley 25/2011, aquella obligación ha dejado de existir.

Hay que decir que la situación a la que se ha llegado es criticable. Si lo que se pretendía era como dice la Exposición de Motivos de la Ley 25/2011, eliminar la tasa de publicación en el BORME para los depósitos de cuentas a efectos de incentivar estos, bastaba con haber declarado gratuita la publicación en el BORME de los depósitos de cuentas. Todavía se había podido dar un paso más y declarar que no hacía falta publicar en el BORME los depósitos de cuentas. Pero lo que no tiene sentido es haber suprimido la remisión del dato del depósito al RMC, cuya finalidad informativa ha quedado cercenada en cuanto a un dato relevante como es el de si las sociedades han cumplido o no con la obligación legal de depositar cuentas.

2. Los Registros de Marcas: La Oficina española de patentes y marcas y la Oficina de propiedad intelectual de la Unión Europea

Ya hemos visto que una de las Secciones del RMC es la de denominaciones y hemos examinado brevemente las normas de los artículos 398 a 408 del RRM, que rigen la calificación del registrador.

Una de esas normas es la prohibición de las denominaciones que induzcan a error, que establece el artículo 406. Y otra es la prohibición de denominaciones idénticas, de los artículos 407 y 408 RRM.

No vamos a entrar ahora a analizar estos preceptos ni otros que los complementan. En cualquier caso, ninguna de esas normas hace referencia a la prohibición de identidad de la denominación social con una marca. Y sin embargo es obvio que este es un asunto que puede dar lugar a problemas.

El tema fue abordado por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (en adelante LM), cuya Disposición Adicional Decimocuarta establece que «Los órganos registrales competentes para el otorgamiento o verificación de denominaciones de personas jurídicas denegarán el nombre o razón social solicitado si coincidiera o pudiera originar confusión con una marca o nombre comercial notorios o renombrados en los términos que resultan de esta Ley, salvo autorización del titular de la marca o nombre comercial».

La norma está dirigida a «Los órganos registrales competentes para el otorgamiento o verificación de denominaciones de personas jurídicas», lo cual incluye, en el ámbito mercantil, desde luego, al RMC, pero también a los RMT, en cuanto que, al inscribir la constitución de una sociedad o su cambio de denominación, inscriben las denominaciones sociales. El precepto se dirige también a los demás Registros que tienen la función de reservar las denominaciones de personas jurídicas, por ejemplo, los Registros de fundaciones, cooperativas o asociaciones. No se dirige la norma, sin embargo, a los notarios, que no son órganos registrales.

El legislador no ha querido establecer una prohibición absoluta de identidad entre las denominaciones sociales y las marcas, sino solo una prohibición relativa, que se refiere a dos tipos de marcas, las «notorias» y las «renombradas», tipificadas en la LM. Y establece, además, que es admisible la denominación idéntica a la marca si concurre la autorización del titular de esta.

Dice a este respecto el artículo 8.2 y 3 de la LM que:

«2. …se entenderá por marca o nombre comercial notorios los que, por su volumen de ventas, duración, intensidad o alcance geográfico de su uso, valoración o prestigio alcanzado en el mercado o por cualquier otra causa, sean generalmente conocidos por el sector pertinente del público al que se destinan los productos, servicios o actividades que distinguen dicha marca o nombre comercial.

3. …Cuando la marca o nombre comercial sean conocidos por el público en general, se considerará que los mismos son renombrados…».

La diferencia está pues en que, en la marca notoria el conocimiento general de la marca se da entre el público a que va destinado el producto, mientras que en la marca renombrada ese conocimiento general se da entre el público en general, más allá de los consumidores del producto.

La apreciación del carácter notorio o renombrado de una marca a los efectos de inscribir o no una denominación social supone la emisión de un juicio por parte del registrador. Y es obvio que en esta materia pueden darse discrepancias entre las calificaciones de los registradores mercantil central y territorial, como consecuencia, por ejemplo, del ámbito geográfico del conocimiento de la marca de que se trate, pues, en efecto, puede haber marcas que haya que considerar notorias en un ámbito geográfico determinado y no, sin embargo, en todo el territorio nacional. Puede, pues ocurrir, en estos casos de marcas que son localmente notorias, que el RMC reserve una denominación que luego el RMT, en aplicación de la LM, no admita.

Ahora bien, como la prohibición que establece LM se refiere solo a las notorias o renombradas, los registradores consultarán el Registro de marcas a los efectos de: 1) conocer si ese nombre que al registrador le ha parecido a primera vista que es el de una marca notoria o renombrada es, en efecto, el de una marca efectivamente registrada, pues si no lo estuviese no se le podría aplicar la protección que se deriva de la disposición adicional decimocuarta

de la LM y, también, 2) a los efectos de conocer la identidad del titular de la marca cuya autorización deberá, en su caso, acreditarse.

Los Registros de marcas objeto de consulta habitual por parte de los RM son la Oficina española de patentes y marcas y la Oficina de propiedad intelectual de la Unión europea.

Y, ¿qué ocurre en el caso de marcas que no sean notorias o renombradas? Pues bien, para esos casos, la disposición adicional decimoséptima de la LM, establece una causa de extinción de la sociedad por violación del derecho de marca, estableciendo que si la sentencia por violación del derecho de marca impusiera el cambio de denominación social y este no se efectuara en el plazo de un año, «la sociedad quedará disuelta de pleno derecho, procediendo el registrador mercantil de oficio a practicar la cancelación» (y ello, sin perjuicio del derecho de indemnización establecido en el art. 44 de la misma Ley).

El sistema legal podría parecer insuficiente o imperfecto en tanto en cuanto obliga al registrador a proteger mediante su calificación solo a las marcas notorias o renombradas. Pero debe tenerse en cuenta que:

1. El sistema de proteger todas las marcas fue desechado por el legislador al aprobar la LM; como señaló José Luis BENAVIDES DEL REY, entonces registrador mercantil central, en una comparecencia en el Congreso de los Diputados, con ocasión de los trámites parlamentarios previos a la aprobación de dicha Ley, fusionar en una única base de datos las denominaciones sociales y las marcas no llevaría a nada positivo por varias razones, en primer lugar porque el 50% de las reservas de denominaciones que se hacen en el RMC no terminan concretándose en la constitución de una sociedad, en segundo lugar, porque al hacer la reserva en el RMC no se conoce cuál es el objeto social ni el domicilio de la futura sociedad, en tercer lugar, porque existen distintos niveles de protección de las marcas, y, en cuarto lugar, porque puede haber marcas idénticas que convivan pacíficamente[8];
2. En efecto, las marcas están clasificadas en clases (las clasificaciones de Niza y de Viena) y se refieren a productos o actividades concretos, por lo que varias marcas idénticas pueden convivir pacíficamente;
3. También pueden convivir pacíficamente marcas idénticas porque los sistemas de registro y protección de las marcas y de las denominaciones sociales son muy distintos: para estas últimas rige el principio de calificación, es decir, que es el Estado, a través del registrador, el que califica su identidad, o no, con otras preexistentes y acepta o rechaza el registro; mientras que para las marcas rige el principio de notificación, de modo que la solicitud de inscripción de una marca se notifica a los titulares de otras similares y si estos no se oponen, la marca se registra;
4. La DGRN ha recordado en distintas resoluciones (por ejemplo, las de 24 de febrero de 2004, 5 de febrero de 2011 y 5 de mayo de 2015) que «…la denominación y las marcas o nombres comerciales operan, conceptual y funcio-

nalmente, en campos y con finalidades distintas: la primera como identificación en el tráfico jurídico de un sujeto de derecho, y las segundas como identificadores en el mercado de los productos o servicios de una empresa, o de esta misma, frente a sus competidoras», aunque también ha «reconocido y reclamado la necesidad de una coordinación legislativa entre el Derecho de sociedades y el de marcas, dado el efecto indirecto que el uso de las primeras puede tener en el ámbito económico concurrencial».

Hay que señalar, por último, que la disposición adicional decimoctava de la LM establece que «El Gobierno… remitirá al Congreso de los Diputados un proyecto de Ley sobre el régimen de las denominaciones sociales de las entidades jurídicas». Ley esta en la que sería previsible que se regulasen más extensamente las relaciones entre las marcas y las denominaciones de personas jurídicas, pero que no ha llegado a dictarse.

3. Registros de otras personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil

Son evidentemente, Registros limítrofes del RMC, los competentes para inscribir toda clase de personas jurídicas.

Las relaciones entre el RMC y estos Registros es obvio que, en su caso, tendrían que ser objeto de tratamiento a que hace referencia esa *non nata* ley de denominaciones de personas jurídicas que anuncia la LM.

Trataremos en primer lugar de la posibilidad de inscripción en el RMC de las denominaciones de entidades no inscribibles en el RM y luego de los Registros competentes para inscribir esas entidades:

3.1. Inscripción en el RMC de las denominaciones de entidades no inscribibles en el RM

El artículo 396 RRM establece que «1. En la Sección de denominaciones del Registro Mercantil Central podrán incluirse las denominaciones de otras entidades cuya constitución se halle inscrita en otros Registros públicos, aunque no sean inscribibles en el Registro Mercantil, cuando así lo soliciten sus legítimos representantes. 2. La solicitud, ajustada al modelo oficial, deberá ir acompañada de certificación que acredite la vigencia de la inscripción en el Registro o Registros correspondientes».

El precepto contempla la posibilidad de inscribir en el RMC denominaciones de entidades no inscribibles en el RM, pero inscritas en otros Registros públicos. A cuyo efecto pide que esa previa inscripción se acredite ante el RMC.

No contempla, sin embargo, el precepto la posibilidad de inscribir en el RMC las denominaciones de entidades no inscribibles en el RM y que, por un motivo o por otro, no están inscritas en otros Registros públicos.

En el caso de entidades no inscribibles en absoluto en ningún Registro, por ejemplo una sociedad civil o una comunidad de bienes, la inscripción en el RMC de la denominación puede parecer que no tiene demasiado sentido, pues dicha inscripción será necesariamente provisional y necesariamente caducará al cabo de seis meses, sin que pueda convertirse en definitiva. Sin embargo, lo cierto es que se solicitan al RMC la inscripción de la reserva de dichas denominaciones. Y el RMC las concede con la advertencia de que caducarán al transcurrir el plazo de seis meses.

Se observa aquí un fallo regulatorio, pues si esas entidades no son inscribibles debiera bastar con que se acreditase ante el RMC su efectiva constitución para que la inscripción de la reserva de su denominación fuese *ab initio* o se convirtiese después en definitiva. Y es obvio que por parte de quien constituye una de esas entidades no inscribibles puede haber interés en que la denominación elegida no pueda ser utilizada por otros en el futuro.

En el caso de entidades inscribibles en otros Registros, pero aún no inscritas, por ejemplo las cooperativas, las asociaciones, las fundaciones, etc., parece a primera vista que el RMC debiera denegar la inscripción de su denominación, dados los términos del artículo 396 RRM, y también por no ser el RMC el Registro competente.

Ese es el criterio que se sigue para las denominaciones de las fundaciones, cuya reserva se deniega en el RMC por no ser el Registro competente.

Sin embargo, en el ámbito de otras entidades inscribibles en otros Registros la cosa no está tan clara y se reservan sus denominaciones en el RMC: 1) porque la inscripción de dichas reservas de denominaciones de esas entidades no inscribibles en el RM y no inscritas en los Registros a que corresponda inscribirlas no está prohibida por la Ley y parece excesivo convertir un silencio legal en una prohibición; 2) porque no todos los Registros competentes para la inscripción de esas entidades siguen el sistema del RMC de hacer reservas provisionales de denominaciones: no se sigue ese sistema, por ejemplo, en el ámbito de las asociaciones; 3) porque la coordinación entre los Registros de personas jurídicas no inscribibles en el RM y el RMC es, como veremos, manifiestamente mejorable, y 4) porque no se puede negar la existencia del interés de los particulares en obtener la reserva provisional en el RMC, para que desde ella, quede excluida la posibilidad de que se utilice la denominación para una sociedad mercantil.

La existencia de este interés, así como el principio de libertad civil y, como luego veremos, lo que ocurre en el ámbito de las cooperativas, es el fundamento de la *praxis* que se sigue en el RMC de acceder a inscribir provisionalmente la reserva de denominación de entidades no inscribibles en el RM y aún no

inscritas. Si bien con la advertencia, que se hace constar en la certificación, de que la reserva provisional caducará si dentro del plazo de su vigencia no se acredita la inscripción en el Registro competente.

Téngase en cuenta que, así como el RMC convierte en definitivas las inscripciones provisionales de las reservas de denominaciones cuando los RMT le comunican la inscripción de las entidades inscribibles en él, no está prevista una comunicación equivalente al RMC por parte de los Registros competentes para inscribir esas entidades, por ejemplo, los de cooperativas o asociaciones, etc., de manera que las inscripciones provisionales de reservas de denominaciones caducarán a menos que el interesado acredite ante el RMC la inscripción en el Registro correspondiente.

3.2. El RMC y los Registros de Fundaciones

La competencia en materia de fundaciones está distribuida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de modo que existen el Registro de Fundaciones de competencia estatal (en adelante RFCE) y Registros de Fundaciones autonómicos (en adelante RFA).

En el RFCE, «se inscribirán… las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma», conforme al artículo 36 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (en adelante LF).

Los Registros de Fundaciones (en adelante RF), tanto los autonómicos como el RFCE, son competentes en materia de las denominaciones de las fundaciones.

Ya hemos dicho, por otra parte, antes, que en el RMC no se admiten reservas de denominaciones de fundaciones por razón de no ser el RMC competente.

Ahora bien, en el RFCE existe una sección de denominaciones, en el que «casi» se centralizan las denominaciones de todos los RF, pues se inscriben en él las denominaciones «de las fundaciones ya inscritas en los Registros estatal y autonómicos, y las denominaciones sobre cuya utilización exista reserva temporal». A tal efecto, dispone ese mismo artículo 36 Ley de Fundaciones (en adelante LF) que «las Comunidades Autónomas, una vez realizada la inscripción de la constitución de la fundación o, en su caso, de la extinción de la misma, darán traslado de estas circunstancias al Registro de Fundaciones de competencia estatal…».

Decimos que «casi» se centralizan en el RFCE las denominaciones de las fundaciones, porque hay una laguna, derivada de que los Registros autonómicos no comunican al RFCE las reservas provisionales de las denominaciones de fundaciones.

El artículo 50 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal, RD 1611/2007 de 7 de diciembre, (en adelante, RRFCE) establece que «1. El notario no podrá autorizar escritura de constitución o de modificación

de denominación sin que se presente la correspondiente certificación negativa de denominación».

Asimismo, el artículo 5.2 de la LF que establece que «No se admitirá ninguna denominación que… conste que coincide o se asemeja con la de una entidad preexistente inscrita en otro Registro público…».

Por su parte, ya hemos visto antes lo que dispone el artículo 407 del RRM.

Del examen de esa normativa resulta:

— que el cumplimiento estricto del artículo 5.2 de la LF, obligaría al notario autorizante de la escritura a exigir que se le acreditase (por medio, lógicamente, de certificación de todos los Registros de personas jurídicas, Registro Mercantil, de asociaciones, etc., y no solo del RFCE) que no existe otra entidad cuya denominación coincida o se asemeje a la de la fundación que se pretende inscribir;
— que, en contraste con ese rigor, el artículo 5.2 LF no autoriza a rechazar la denominación de una fundación por el hecho de que coincida con una denominación reservada provisionalmente en el RMC, en tanto en cuanto esta denominación no es, de momento, de ninguna «entidad» inscrita en un registro público;
— que, por consiguiente, podría ocurrir que una denominación inscrita en la sección de denominaciones del RFCE estuviese también provisionalmente reservada en el RMC.
— que, frente al criterio del artículo 5.2 LF, el que sigue la legislación mercantil, en el artículo 407 RRM, es el de la notoriedad: solo se rechazarán las denominaciones de entidades que consta por notoriedad que coinciden con la de una entidad preexistente sea esta o no española;

Ya se ve que el sistema legal en esta materia es manifiestamente mejorable. Y que lo razonable sería modificar la legislación:

— o bien para acentuar y extender el criterio del artículo 5.2 LF, de tal manera que el RF tuviese también que rechazar la inscripción de las fundaciones cuya denominación coincida con una provisionalmente reservada en el RMC, para lo cual habría que establecer la obligación de que los RF consultasen al RMC; y, correlativamente, modificar el artículo 407 del RRM, para abandonar el criterio de notoriedad y que el RMC no pueda admitir ninguna denominación reservada provisional o definitivamente en otro Registro de denominaciones;
— o bien, reformar la LF haciéndola adoptar el mismo criterio de notoriedad del artículo 407 del RRM, de tal manera que el RF solo pudiese rechazar las denominaciones de fundaciones que conste por notoriedad que coincide con la de una entidad preexistente sea esta o no española;

Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que, al menos para las denominaciones de entidades no españolas, no parece que haya otra opción que mantener este último criterio de notoriedad, pues es imposible controlar las denominaciones de entidades inscritas en todo el mundo.

3.3. El RMC y los Registros de Cooperativas

También la competencia en materia de cooperativas está distribuida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de manera que existen el Registro de Sociedades cooperativas estatal (en adelante RSCE) y los Registros de cooperativas autonómicos (en adelante RSCA).

La Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (en adelante, LC), se aplica, conforme a su artículo 2, a las cooperativas que desarrollen su actividad en el territorio de varias Comunidades Autónomas o en las ciudades de Ceuta y Melilla.

Conforme al artículo 10 de dicha norma, una de las circunstancias que debe contener la escritura de constitución de una cooperativa es la «declaración de que no existe otra entidad con idéntica denominación, a cuyo efecto se presentará al notario la oportuna certificación acreditativa expedida por el Registro de Sociedades Cooperativas». Dicho Registro de sociedades cooperativas, depende del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y radica en Madrid.

Rige en materia de cooperativas, pues, un sistema similar al vigente en el ámbito de las sociedades mercantiles.

Y establece el 109.3 de la LC que el RCE, «emitirá la certificación negativa de denominación, previa coordinación con el Registro Mercantil Central así como con los demás Registros de Cooperativas, según las disposiciones que se establezcan al efecto».

En el mismo sentido el artículo 33 del Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas (en adelante RRC), aprobado por Real Decreto 136/2002, de 1 de febrero, establece que «el Registro de Sociedades Cooperativas es el órgano competente para expedir certificaciones sobre la existencia o no de entidades inscritas en dicho Registro con idéntica denominación que otra cuya constitución se proyecte».

El artículo 3.2 de ese RRC indica que «El Registro de Sociedades Cooperativas colaborará con los demás Registros públicos y, en especial, con los Registros Mercantiles y con los demás Registros de Sociedades Cooperativas, en la forma dispuesta por este Reglamento».

Respecto de la coordinación con otros Registros de cooperativas, establece el artículo 41.3 del RRC que «El Registro de Sociedades Cooperativas solicitará información de los Registros de cooperativas de las Comunidades Autónomas

que ostenten competencia en la materia, a efectos de emisión de certificaciones de denominación».

Y con respecto a la coordinación con el RMC establece el artículo 42.2 del RRC que «La emisión de la certificación negativa de denominación solicitada se efectuará por el Registro de Sociedades Cooperativas previa información al Registro Mercantil Central. Transcurridos cinco días sin que dicha información fuera facilitada, se tendrá por evacuado el trámite y procederá a la emisión de la certificación correspondiente».

Ahora bien, en la práctica, el procedimiento por el que el RSCE obtiene del RMC esa información previa es exigir de quien solicita la reserva de una denominación de una cooperativa la aportación de una certificación negativa expedida por el RMC, certificación que acredita que la denominación que se pretende no está inscrita en el RMC. Esto tiene, como primer efecto, que se solicitan del RMC reservas de denominaciones de cooperativas. Y que si este, como hace en el ámbito de las fundaciones, les respondiese negativamente por no ser Registro competente, los interesados se encontrarían con que no podrían obtener la reserva de su denominación tampoco del RSC.

Ahora bien, el procedimiento de coordinación entre el RSCE y el RMC que se regula es manifiestamente insuficiente. En efecto, no está reglada la forma en que el RSCE debe obtener la información del RMC. Y aunque la praxis que viene siguiendo el RSC implica que la denominación de la cooperativa queda reservada en el RMC antes de estarlo en el RSCE, no deja de producirse la extraña situación de que la forma de proceder sea distinta en el ámbito de las fundaciones y en el de las cooperativas. Por otra parte, la reserva de la denominación de la cooperativa en el RMC es provisional, por lo que caducara a los 6 meses si por parte del RSCE no se comunica la efectiva inscripción de la cooperativa; lo cual quiere decir que a partir de ese momento el RMC podría reservar esa denominación que quizá sea ya la de una cooperativa inscrita en el RSC. Además, la praxis del RSCE no la siguen los RSCA, que hacen sus reservas de denominaciones sin coordinación con el RMC. Y, por último, no está regulada la coordinación en sentido inverso, de manera que el RMC, cuando inscribe las reservas de denominaciones sociales, no tiene conocimiento previo de si la denominación de que se trata ya está reservada en el RSCE o en los RSCA.

Por lo que se refiere a las Comunidades Autónomas, no es nuestro objetivo ahora hacer un análisis de su legislación en materia de cooperativas, pero puede decirse que en todas ellas se repite el modelo del RSCE, de modo que en la mayor parte de las Comunidades autónomas hay organismos competentes en materia de denominaciones de cooperativas y que la regulación de la coordinación entre dichos órganos entre sí y con el RMC es insuficiente.

3.4. El RMC y Registros de Asociaciones

La competencia en materia de asociaciones está también distribuida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de manera que existen el Registro Nacional de asociaciones, de competencia estatal (en adelante RNAE) y los Registros de asociaciones autonómicos (en adelante RACA).

El artículo 8.3 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (en adelante LA) establece que la denominación de las asociaciones «Tampoco podrá coincidir, o asemejarse de manera que pueda crear confusión, con ninguna otra previamente inscrita en el Registro en el que proceda su inscripción, ni con cualquier otra persona jurídica pública o privada, ni con entidades preexistentes, sean o no de nacionalidad española, ni con personas físicas, salvo con el consentimiento expreso del interesado o sus sucesores, ni con una marca registrada notoria, salvo que se solicite por el titular de la misma o con su consentimiento».

Ese artículo 8 es de aplicación directa a todo el territorio nacional, de acuerdo con la disposición adicional primera de la LA.

Ahora bien, lo cierto es que no se han regulado mecanismos para garantizar con carácter previo el cumplimiento de la rotunda prohibición de identidad que establece ese precepto.

En primer lugar, hay que decir que, frente a lo que ocurre en el ámbito de las fundaciones, de las cooperativas o de las sociedades mercantiles, no existe en materia de asociaciones un sistema de reserva previa de denominaciones.

Las asociaciones adoptan, al constituirse, la denominación que libremente eligen sus asociados y solo en el momento de su inscripción detectará, en su caso, el Registro competente la identidad de su denominación con otra preexistente, lo cual supondrá un defecto que impedirá la inscripción.

El artículo 25.3 de la LA previene, en efecto, que «3. El Registro Nacional de Asociaciones llevará un fichero de denominaciones, para evitar la duplicidad o semejanza de estas,…».

Ese fichero de denominaciones «estará integrado por los nombres de las asociaciones inscritas en el Registro Nacional de Asociaciones y por los de las asociaciones inscritas en los registros autonómicos y especiales, siempre que dicha inscripción haya sido comunicada por el respectivo órgano competente», según establece el artículo 9 del Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones, aprobado por Real Decreto 949/2015, de 23 de octubre, que añade que establece que «a estos efectos, y con el objeto de mantener actualizado el Fichero de denominaciones, el Registro recibirá la información que los Registros autonómicos y especiales le proporcionen sobre inscripción, modificación de la denominación, disolución y baja de las entidades asociativas de su competencia».

Pero ese fichero permitirá controlar, todo lo más, que no se inscriba en el RA una asociación con una denominación idéntica o que induzca a confusión

con otra asociación ya inscrita. Pero la legislación vigente no arbitra medios para controlar que la denominación de una asociación no coincida con la de una fundación, con la de una cooperativa o con una denominación provisional o definitivamente reservada en el RMC.

Conclusiones

Es obvio que, por lo que se refiere a estos que hemos llamado Registros limítrofes con el RMC, falta una regulación que evite problemas en materia de denominaciones. Y es indudable que mejoraría la seguridad jurídica una reforma legislativa que:

— o bien centralizase en un solo Registro la inscripción de las denominaciones de todo tipo de personas jurídicas,
— o bien, estableciese un sistema completo previo de interconexión o de consultas entre los Registros de personas jurídicas y el RMC, para que ninguno pueda inscribir una reserva de denominación que ya esté (provisional o definitivamente) inscrita en otro Registro.

La Ley sobre el régimen de las denominaciones sociales, prevista en la disposición adicional decimoctava de la LM, que nunca ha llegado a dictarse, parece que es el marco adecuado para esa reforma.

4. Las denominaciones de origen

Y nos queda todavía por tratar el tema de las denominaciones de origen.

En efecto, establece el artículo 397 del RRM, que «En la Sección de denominaciones del Registro Mercantil Central podrán incluirse las denominaciones de origen».

Y añade el mismo artículo que «La solicitud de inscripción se formulará por el Consejo Regulador correspondiente, a la que se acompañará la resolución administrativa por la que se apruebe la denominación».

Trata también del asunto el artículo 6 de la Ordenanza del RMC.

La materia está regulada por la Ley 6/2015, de 12 de mayo, de Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas Protegidas de ámbito territorial supra autonómico y por el Real Decreto 267/2017, de 17 de marzo.

Destaca esta Ley, en su artículo 1 que el régimen jurídico que establece es complementario al establecido por el Derecho de la Unión Europea. Y la disposición adicional quinta de esa Ley 6/2015, establece que serán aplicables con carácter prevalente al contenido de la presente Ley, los Reglamentos de la Unión Europea que menciona… junto con sus futuras modificaciones y Reglamentos de desarrollo así como cuantos puedan publicarse posteriormente por la Unión en la materia.

En cualquier caso, acceden, al RMC tanto las denominaciones de origen como las indicaciones geográficas protegidas.

Por otra parte, a pesar de que el RRM y la Ordenanza RMC solo contemplan el acceso de las denominaciones de origen al RMC a instancia de los Consejos reguladores, la inscripción se realiza también mediante la comunicación que dirige al RMC la Dirección General de Industria Alimentaria, del Ministerio de Agricultura, Pesca Alimentación y Medio Ambiente.

El efecto que produce la inscripción de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas en el RMC es impedir que se inscriban reservas de denominaciones sociales idénticas o que puedan mover a confusión con ellas.

Lo cual no es sino aplicación de lo que establece el artículo 12 de la Ley 6/2015, de 12 de mayo, conforme al cual, «1. Los nombres protegidos por estar asociados con una DOP o IGP supra autonómica son bienes de dominio público estatal que no pueden ser objeto de apropiación individual, venta, enajenación o gravamen».

Y establece también el artículo 13.5 de la misma Ley que «No podrán registrarse como marcas, nombres comerciales o razones sociales los signos que reproduzcan, imiten o evoquen una denominación protegida como DOP o IGP, siempre que se apliquen a los mismos productos o a productos similares, comparables o que puedan considerarse ingredientes o que puedan aprovecharse de la reputación de aquellas».

Lógicamente, hay que interpretar con moderación ese artículo 12, pues en otro caso se llegaría a la absurda conclusión de que no podrían utilizarse en una denominación términos como Rioja, Navarra, Jabugo, etc. El artículo 13 que acabamos de citar señala la vía de interpretación al hacer referencia al enlace de la denominación de origen con el producto a que se refiere.

En cualquier caso, como hemos visto que ocurre con los Registros de personas jurídicas, se echa de menos en esta materia una regulación más completa. Hay que tener en cuenta, en efecto:

1. Que aunque la incorporación de las denominaciones de origen al RMC impida que en adelante este admita reservas de denominaciones idénticas a ellas, sin embargo, dicha incorporación no produce, como es natural, ningún efecto respecto de las denominaciones sociales que se hubiesen inscrito antes en el RMC.
2. Y que, por consiguiente, es necesario establecer algún mecanismo que impida que, por parte de los órganos competentes autonómicos o estatales, se admitan como denominaciones de origen o indicaciones geográficas protegidas denominaciones que coincidan con otras previamente inscritas en el RMC.

VII. CONCLUSIONES

I. Resultan aplicables al RMC el Título preliminar y el Título I del RRM, que regulan los requisitos y efectos de los asientos, a los principios registrales, los libros, los asientos, el asiento de presentación, etc.

II. El principio de legitimación es aplicable a la Sección de denominaciones del RMC, pero no a los apuntes de su base de datos inscritos en los RMT.

III. Hay que considerar históricamente superada la configuración de la Sección de denominaciones del RMC como una simple base de datos. En la actualidad no existe obstáculo para la extensión en esa Sección de asientos electrónicos firmados por el registrador con su firma electrónica reconocida.

IV. El principio constitucional de seguridad jurídica haría deseable limitar las discrepancias en materia de denominaciones entre RMC y RMT a los casos en que los fundamentos del rechazo por parte de este no pudieron ser tenidos en cuenta por el RMC.

V. Mejoraría la seguridad jurídica si se centralizase en el RMC la inscripción de las denominaciones de todo tipo de personas jurídicas. La Ley sobre el régimen de las denominaciones sociales, prevista en la disposición adicional decimoctava de la Ley de Marcas, que no ha llegado a dictarse, puede ser el marco adecuado para esa reforma.

NOTAS

[1] Miguel RODRÍGUEZ LAGUNA, El Registro Mercantil Central, en *Estudios sobre la reforma de la legislación de sociedades mercantiles,* Tomo II, 319 a 373, Edición del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1991.

[2] Miguel RODRÍGUEZ LAGUNA, obra citada.

[3] José María MÉNDEZ CASTRILLÓN, Aproximación a la idea del Registro Mercantil Informativo Central. Estructura, contenido, funcionamiento y efectos. El Boletín Oficial del Registro Mercantil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 588, octubre, 1988.

[4] Miguel RODRÍGUEZ LAGUNA, obra citada.

[5] José Manuel GARCÍA GARCÍA, La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 625, diciembre, 1994, 2239.

[6] Antonio ESTURILLO LÓPEZ, *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de legislación mercantil societaria,* Edición del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1993.

[7] Cándido PAZ ARES, La reforma del Registro Mercantil, *Boletín de información del Ministerio de Justicia,* núm. 1556, marzo, 1990.

[8] José Luis BENAVIDES DEL REY, Comparecencia ante la Comisión de Ciencia y Tecnología del Congreso de los diputados, *Boletín del Congreso de los diputados,* núm. 226, 6765 y sigs.

(Trabajo recibido el 14-9-2017 y aceptado para su publicación el 8-11-2017)

Cadenas de bloques y Registros de derechos

Block chains and rights registers

por

LUIS ANTONIO GALLEGO FERNÁNDEZ*

Registrador de la Propiedad

RESUMEN: La atención mediática que en los últimos tiempos está recibiendo la tecnología de la cadena de bloques ha motivado que se haya propuesto su extensión a otros sectores más allá de su ámbito inicial: Bitcoin.

En este artículo, tras una primera parte en la que se expone su funcionamiento, en su aplicación concreta a Bitcoin, se analiza si podría llegar a sustituir a los registros de derechos, pero proporcionando sus mismos efectos. La conclusión, sin embargo, es que esta tecnología, aplicada sin modificaciones, produciría una radical reducción de la calidad de la seguridad jurídica preventiva que proporcionan este tipo de registros y, en todo caso, sería necesario aceptar profundas modificaciones legislativas y una fuerte restricción a la libertad de contratación.

Es posible, no obstante, el establecimiento de cadenas de bloques privadas con versiones modificadas de su protocolo de funcionamiento, que eliminarían alguno de aquellos problemas, pero que lo desnaturalizan, aproximándolo a otro tipo de soluciones que ya se aplican con éxito en algunos países y, como ejemplo de ello, se analiza brevemente el sistema español.

* Vocal director del Servicio de Sistemas de Información del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España e Ingeniero de Telecomunicación.

ABSTRACT: The media attention being given to blockchain technology has recently led to a call for its use to be extended to other sectors beyond the field in which it was initially applied: Bitcoin.

This article, after first describing how it operates, in its specific application to Bitcoin, looks at whether it could be used to replace rights registers, but provide the same effects. The conclusion, however, is that this technology, applied without modification, would radically reduce the quality of the preventive legal certainty provided by registers of this kind and would, in any case, require major legislative changes and considerable restrictions on freedom of contract.

Private blockchains with modified versions of the operating protocol could however be established, and this would eliminate some of those problems, but they would change its character, making it more like other types of solution that are already being applied successfully in some countries. An example isthe Spanish system, which is analysed briefly.

PALABRAS CLAVE: Blockhain. Cadenas de bloques. Registros jurídicos. Registros de derechos. Bitcoin.

KEY WORDS: Blockchain. Block chains. Legal records. Rights registers. Bitcoin.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FUNCIONAMIENTO DE LAS CADENAS DE BLOQUES. BITCOIN: 1. Primeros pasos. 2. Privacidad. 3. Transacciones: *3.1. Funcionamiento de los procesos de firma electrónica en los sistemas de criptografía asimétrica. 3.2. Operativa de las transacciones.* 4. Cadena de bloques. 5. El problema del tamaño de los bloques. 6. Mineros. 7. Cadenas de bloques públicas y privadas.—III. CADENAS DE BLOQUES Y REGISTROS DE DERECHOS: 1. Introducción. 2. Breve idea de los principales tipos de Registros de la Propiedad. 3. Cadenas de bloques y Registros de derechos. 4. Actualidad de los Registros en España.

I. INTRODUCCIÓN

A finales de octubre del año 2008, en plena crisis financiera, SATOSHI NAKAMOTO[1] publica, a través de la Cryptography Mailing List (cryptography@metzdowd.com)[2] y de la página: http://www.bitcoin.org[3], su artículo: «Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System» en el que el autor exponía su diseño para un sistema electrónico de pagos sin terceros de confianza: el sistema Bitcoin. Más tarde, en 2009, haría pública la primera versión del primer programa cliente de Bitcoin.

Bitcoin[4] se caracteriza por la privacidad, su volatilidad, su naturaleza esencialmente descentralizada, la ausencia de una autoridad central que lo controle y el uso extensivo de la criptografía como medio para asegurar las transacciones. Estas características, junto con la reacción y desconfianza que se suscitó frente a los bancos centrales y privados durante la crisis de 2008, explican el desarrollo exponencial que ha experimentado esta criptomoneda desde sus inicios.

A la fecha de este artículo[5] la capitalización del mercado[6] de bitcoins es superior a los diecinueve mil cien millones de dólares y existen más de dieciséis millones de bitcoins en circulación con un precio medio de mercado, cada una de ellas, de alrededor de 1.175 dólares.

Por otro lado, en la actualidad son muchas las empresas que admiten el pago de sus productos o servicios en bitcoins (WordPress, Microsoft, Virgin, Dell, etc.) o su compra y cambio a monedas reales (Bitstamp[7], Coinbase[8], Kraken[9], Bitfinex[10], BTC-e[11], LocalBitcoins[12], OKCoin[13], etc.). Además, tras la estela de bitcoin, han comenzado a surgir nuevas monedas virtuales (Litecoin[14], Ripple[15], Primecoin[16], Dogecoin[17], Zcash[18], etc.) que utilizan la misma tecnología de base: las cadenas de bloques.

Son precisamente, las cadenas de bloques, la base tecnológica sobre la que se asienta el éxito de Bitcoin. Realmente, dichas cadenas de bloques, son una combinación de diferentes tecnologías (redes Peer-to-Peer, criptografía asimétrica, etc.) que ya eran conocidas desde hace tiempo. Lo verdaderamente novedoso es la forma en que se han combinado todas ellas.

Tal ha sido la atención mediática que ha recibido esta tecnología que recientemente se han buscado y señalado otros campos en los que podría tener aplicación. Entre estos campos se ha propuesto la contratación inmobiliaria, argumentando la mayor seguridad y transparencia que ofrece el sistema de cadenas de bloques frente a los sistemas actuales, así como el ahorro de costes que podría suponer su adopción en este campo, al permitir la eliminación de los intermediarios que tradicionalmente han venido interviniendo en este sector.

En este artículo se analizarán estas afirmaciones en relación con los Registros de la Propiedad y, más concretamente, en relación con los Registros de derechos, como lo son los Registros de la Propiedad españoles. No obstante, y como paso previo, se expondrá sucintamente el funcionamiento de las cadenas de bloques mediante el estudio de su implementación en el sistema Bitcoin.

II. FUNCIONAMIENTO DE LAS CADENAS DE BLOQUES. BITCOIN

1. Primero pasos

Bitcoin trata de implementar un sistema seguro para llevar a cabo transacciones sin la intervención de un tercero de confianza (por ejemplo, una entidad

bancaria). Trata, por tanto, de establecer un sistema mediante el que puedan realizarse transferencias monetarias y que funcione de forma segura aun cuando sus usuarios no se conozcan y desconfíen unos de otros.

Como inciso, señalar que una consecuencia de lo anterior, y a diferencia del sistema bancario tradicional, es que en el supuesto de que ocurra cualquier problema, no existe ninguna persona, entidad o corporación ante la que plantear la oportuna reclamación, sino tan solo usuarios que no se conocen entre sí, por lo que no habrá nadie que responda por aquel mal funcionamiento.

En términos simplificados para lograr el objetivo expuesto en el primer párrafo de este epígrafe se establece un fichero digital en el que se hacen constar todas las transacciones que se van realizando entre dichos usuarios, a modo de libro de contabilidad. Una copia de este archivo se mantiene en cada uno de los equipos que se conectan a la red Bitcoin. Por tanto, cualquier usuario puede conocer las transacciones realizadas por los demás.

Es, precisamente, este grado de total distribución de la información lo que caracteriza al sistema Bitcoin y a la tecnología de cadena de bloques que lo sustenta. Ningún nodo de la red, por sí solo, es determinante ni imprescindible para el correcto funcionamiento del sistema; si alguno de dichos nodos se pierde, ello no supone pérdida de información alguna puesto que todos tienen una copia completa de la misma y, por tanto, teóricamente ninguna persona o entidad individual podría hacerse con el control del sistema.

En Bitcoin existen distintos tipos de nodos o, dicho de otra forma, nodos que llevan a cabo diferentes funciones:

— En primer lugar, nodos que solo emiten transacciones *(broadcast node):* Son aplicaciones monedero que únicamente permiten enviar o recibir monedas a través de la red Bitcoin. Las hay para todo tipo de dispositivos y también existen plataformas web que ofrecen este servicio.
— Nodos que propagan transacciones *(relay node):* Su función es, principalmente, recibir transacciones y retransmitirlas a otros nodos, aunque también comprueban que tienen el formato correcto, que las firmas criptográficas que contienen son válidas y también verifican, en la cadena de bloques, que el dinero que se transfiere existe en la cuenta de origen de la transacción.
— Y, por último, nodos que emiten, transmiten y minan transacciones *(mining node):* Además de poder llevar a cabo las mismas tareas que los anteriores tipos, su principal cometido es validar y añadir las transacciones a la cadena de bloques, en la forma que luego se verá.

La anterior clasificación está ordenada de menor a mayor complejidad, de tal forma que los nodos del primer grupo son los más simples y los que menos capacidad computacional requieren, mientras que los últimos son los más com-

plejos, suelen contar con un hardware específico para poder realizar las labores de minado a la mayor velocidad posible y son, además, imprescindibles para garantizar la seguridad del sistema.

De forma muy resumida, para realizar una transferencia a favor de otro usuario no hay más que difundir un mensaje en la red Bitcoin indicando la cantidad a transferir y el destinatario. Con cada una de estas transacciones se realizan una serie de operaciones de verificación y, una vez superadas, se anotan en la copia del archivo contable del nodo que las hubiera verificado y se difunden a otros nodos, de tal forma que el *libro* de transacciones es mantenido por la totalidad de los usuarios.

Para comenzar a operar en la red Bitcoin lo primero que debe hacerse es crear nuestro propio monedero en el que almacenar las monedas virtuales y que también nos permitirá realizar transacciones. Como antes se ha indicado, existen numerosas páginas web que permiten crear estos monederos o bien podemos optar por la instalación en nuestro equipo de la correspondiente aplicación cliente. En este último caso también existe una gran variedad de programas entre los que elegir, para todo tipo de dispositivos (ordenadores personales, dispositivos móviles, etc.) o sistemas operativos e, incluso, es posible encontrar librerías para programar nuestro propio programa cliente[19]. Una de las aplicaciones cliente más populares es Bitcoin Core[20].

Estos clientes, una vez instalados, descargan la totalidad de la cadena de bloques, convirtiéndose así nuestro dispositivo en un nodo más de la red Bitcoin, en el que se almacenará y, posteriormente, se actualizará una copia de la cadena de bloques.

En la actualidad la cadena de bloques completa ocupa, aproximadamente, unos 100 Gb. La primera vez que se ejecute el programa cliente instalado, tratará de descargar, construir índices y validar la totalidad de la cadena de bloques existente en ese momento lo que, debido a su volumen, podrá demorarse varios días dependiendo de la velocidad de nuestra conexión y de la capacidad de procesamiento de nuestro dispositivo. Una vez completado este proceso la copia de la cadena de bloques descargada se irá sincronizando automáticamente.

Existen, no obstante, clientes ligeros (MultiBit[21], Electrum[22], etc.) que solamente descargan las cabeceras de los bloques disponibles en la cadena, lo que reduce los tiempos anteriores y, a la vez, es suficiente para determinar si una transacción pertenece, o no, a un bloque sin necesidad de descargar la cadena completa.

Como antes se ha señalado, para realizar transacciones no hay más que enviar un mensaje a la red Bitcoin utilizando para ello nuestra aplicación cliente e indicando, al menos, el remitente, el destinatario y la cantidad de bitcoins a transferir. Para asegurar que el mensaje es auténtico e íntegro, es decir, para acreditar la identidad del remitente y que el mensaje enviado no ha sido modi-

ficado, se utilizan técnicas de firma electrónica mediante criptografía asimétrica o criptografía de dos claves.

Para ello, las aplicaciones cliente generan pares de claves criptográficas compuestos, cada uno de ellos, por una clave pública y una clave privada, las cuales no son independientes, sino que se encuentran ligadas matemáticamente. Las claves públicas son cadenas alfanuméricas de 26 a 35 caracteres que comienzan por un '1' o un '3', un ejemplo de clave pública sería: 1Hg7wA7JMuMtpXbPMLi6XXh1XwrKK4fwUC y la clave privada que le correspondería sería: 5J1D73SKtkgjtBGUKPL6EASDbGCKJ226prTAPmnhkyByvpU5deC.

Si la aplicación cliente utilizada está correctamente implementada, los métodos criptográficos utilizados garantizan que cada pareja de claves solo se puede generar una vez, de modo que se puede asumir que no es posible que dos personas tengan una misma pareja de claves. Por otra parte, una misma persona puede tener más de una pareja de claves, lo que puede ser útil, por ejemplo, para separar y distinguir entre monedas virtuales con orígenes y propósitos distintos.

La clave privada debe mantenerse secreta, puede considerarse como nuestra firma personal, permite encriptar y firmar electrónicamente los mensajes que se envíen a la red Bitcoin, y es el único medio que permite acceder y gestionar las monedas virtuales asociadas a la misma. Por tanto, su pérdida supone la pérdida definitiva de estas monedas y, del mismo modo, si un tercero hace uso de nuestra clave privada podrá disponer de nuestros bitcoins como quisiera.

La clave pública, por el contrario, puede darse a conocer libremente, es el único medio que nos permitirá descifrar los mensajes encriptados o firmados con la clave privada asociada a ella pero, además, en el protocolo Bitcoin, es lo que permite identificar a un usuario[23], es decir, actúa de modo semejante a un nombre de usuario o dirección de correo electrónico.

De esta forma, cuando mediante la aplicación cliente, se vaya a realizar una transferencia de bitcoins a otro usuario, en el campo destinatario habrá de introducirse la clave pública de este. Si dicha clave se introduce erróneamente (por ejemplo, si se especifica la de un usuario distinto a aquel a quien queremos enviar la transferencia), y dado que en Bitcoin las transacciones son irreversibles, es decir, una vez realizadas estas no se pueden volver atrás, se habrá perdido la cantidad transferida.

Por tanto, para evitar las pérdidas de monedas, por alguno de los motivos expuestos anteriormente, será necesario ser especialmente cuidadoso tanto en la custodia de las claves privadas como en la especificación de las claves públicas de los destinatarios de una transferencia ya que, como se ha dicho, en el sistema Bitcoin no hay nadie ante quien presentar una reclamación y el resto de usuarios, en principio, nos son desconocidos.

2. Privacidad

Con ello llegamos a la cuestión de la anonimacidad o privacidad de Bitcoin. Cuando se instala una aplicación cliente no es necesario introducir ningún dato personal y si, en vez de utilizar alguna de estas aplicaciones se opta por usar alguna de las webs que permiten operar en dicha red, a lo sumo se deberá especificar una dirección de correo electrónico que, no obstante, puede ser una dirección creada al efecto en alguno de los muchos servicios de correo gratuitos en los que tampoco es necesario introducir nuestros datos personales reales.

Como consecuencia de todo ello, en principio, no es posible conocer la identidad real de la persona que está detrás de una concreta clave pública.

Sin embargo, existen medios indirectos para tratar de obtener indicios sobre la identidad de un usuario determinado o, al menos, el terminal desde el que accede habitualmente a la red, mediante técnicas de análisis de tráfico, identificación de ip, etc., aunque estos mecanismos también pueden burlarse utilizando herramientas que permiten ocultar o enmascarar las direcciones ip como, por ejemplo, la red TOR.

Tampoco el análisis de los flujos monetarios a favor de una determinada persona garantiza ningún resultado en esta materia en cuanto que, como se ha dicho, dicha persona puede crear tantas parejas de claves, o usuarios del sistema, como quiera y, por tanto, podrá crear una pareja de claves para cada una de las transacciones que se hagan a su favor o, incluso, varias para cada una de ellas.

De esta forma la única vía de investigación, frente a los usuarios que tratan de preservar su identidad por los anteriores medios u otros semejantes, es el análisis de los vínculos entre las transacciones[24], que es información pública. No obstante, existen otras criptomonedas que incluso permiten eludir estas líneas de investigación, como Zcash[25], que oculta las direcciones de emisor y receptor, así como la cuantía de las transacciones, de tal forma que solo quienes tengan una clave de visualización podrán ver el contenido de las operaciones.

Todas estas dificultades, han hecho que gobiernos y organizaciones internacionales hayan comenzado a concienciarse del peligro que representan las monedas virtuales para la lucha contra el blanqueo de capitales. Así, por ejemplo, la Comisión Europea aprobó, el pasado 7 de julio, la propuesta de Directiva COM (2016) 450 final 2016/0208 (COD)[26], de modificación de la Directiva de Prevención de Blanqueo de Capitales (EU) 2015/849 y en la que ya se incluye a las agencias o plataformas de cambio de monedas virtuales bajo la regulación de prevención de blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, de tal forma que, dichas agencias y plataformas, deberán aplicar controles e identificar a quienes soliciten el cambio entre monedas virtuales y reales, así como denunciar cualquier operación sospechosa. Conforme al texto anterior, los Estados miembro deberían haber modificado sus respectivas normativas sobre blanqueo de capitales, en dicho sentido, antes del pasado 1 de enero de 2017.

3. TRANSACCIONES

3.1. Funcionamiento de los procesos de firma electrónica en los sistemas de criptografía asimétrica

El proceso de firma electrónica en este tipo de sistemas, se lleva a cabo del siguiente modo:

— En primer lugar, al mensaje se le aplica una función hash criptográfica con el fin de obtener su huella digital o código hash. Por tanto, las funciones hash devuelven, para el elemento que se les haya pasado como entrada (texto, imágenes, video, etc.), un resumen cifrado consistente en una cadena alfanumérica de longitud fija.

Existen numerosas funciones o algoritmos de hash, como las familias MD (MD2, MD4, MD5), SHA (SHA-0, SHA-1, SHA-2, SHA-3), RIPEMD (RIPEMD-128, RIPEMD-160, RIPEMD-256, RIPEMD-320), etc. El sistema Bitcoin hace un amplio uso de este tipo de algoritmos, no solo para la firma de mensajes sino también para otro tipo de tareas como la generación de direcciones, la minería de bitcoins, etc.; siendo uno de los más utilizados el algoritmo SHA-256, perteneciente a la familia SHA-2. Por ejemplo, el código md5 del párrafo primero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria de España[27] que dice: «*El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*.» es: 7fc58fd522e15898ccf8e65ddf80697f, mientras que su código SHA-1 es: f1a5cb06a5cae6425a34ec11cc1314112192811d y su código SHA-256: d6c59ecaa6f1cd80cb1ff044d67134a16e23e83d3c47335af18ff7226a72957b.

Las funciones hash criptográficas tienen varias características importantes:

- Su cálculo es muy sencillo, en términos de tiempo y de capacidad de cálculo necesaria, pero, inversamente, la obtención de una entrada a partir de su código hash es prácticamente imposible.
- Entradas iguales siempre producen códigos hash iguales y entradas diferentes siempre producen códigos hash diferentes, por lo que un determinado código hash identificará inequívocamente la entrada de la que proviene. Así, por ejemplo, los códigos md5, SHA-1 y SHA-256 para el mismo texto de antes pero sin el punto final, es decir: «*El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*» serían, respectivamente: a2be77b72247e97489ea6a743c203579, f9653976b98cbd788dcd138ae84ff1e8846522d6 y 7eb3efbbebe731b13df4a8fe678256e0161d7afd1ec696d0eb77a4782a20c9df.
- Y, por último, es imposible predecir cualquier código hash a partir de otros previamente capturados. En relación con ello, en los ejemplos ante-

riores se puede comprobar la gran disparidad que existe entre los distintos resultados por el simple hecho de quitar un punto final.

— En segundo lugar, a la huella digital del mensaje, así obtenida, se le aplica una segunda función criptográfica para firmarla con la clave privada del usuario remitente. El resultado obtenido es la firma electrónica del mensaje.

Esta segunda función criptográfica, por tanto, tiene dos entradas: la huella digital del mensaje y la clave privada del usuario y se caracteriza porque su resultado solo puede descifrarse (y así obtener nuevamente la huella digital del mensaje enviado) mediante la clave pública de dicho usuario.

— A continuación, se encapsula en un solo fichero tanto el mensaje original, como la clave pública del remitente y la firma electrónica del mensaje y se envía al destinatario.

— Por último, el destinatario, al recibir dicho fichero encapsulado usará la clave pública del remitente para descifrar la firma electrónica, incluida en el fichero, y obtener la huella digital o código hash del mensaje que calculó el remitente.

El destinatario también calculará la huella digital del mensaje original, aplicándole el mismo algoritmo que el remitente, y si esta última huella coincide con la obtenida al descifrar la firma electrónica, se habrá garantizado que el mensaje no ha sido modificado y que ha sido emitido por el titular de la clave privada que se ha utilizado para firmar electrónicamente el mensaje.

3.2. Operativa de las transacciones

Hasta ahora se ha visto cómo se utilizan los sistemas de criptografía asimétrica para garantizar la autenticidad e integridad de la mensajería utilizada para realizar una transacción, no obstante, es necesario detenerse no solamente en este aspecto sino también en cómo se determinan las monedas virtuales que un usuario tiene disponibles en un momento dado y como se almacenan las transacciones realizadas.

A este respecto, cabe señalar que en el sistema Bitcoin no se mantiene una tabla de saldos en la que se van actualizando la cantidad de monedas que cada uno de los usuarios tiene disponibles en un momento dado. Por el contrario, el sistema lo que hace es guardar la totalidad de las transacciones que se van realizando, estableciendo enlaces entre ellas que relacionan las transacciones actuales con las anteriores.

De esta forma, para que un usuario: *X* pueda transferir una cantidad: *z* a otro usuario: *Y*, *X* debe tener a su favor, es decir, apuntando a su identificador o clave pública, un número de transacciones sin usar cuyo importe total sea, al menos, la cantidad *z*.

A las transacciones que apuntan al usuario *X*, y que van a ser utilizadas por este para hacer la transferencia al usuario *Y*, se les denominan entradas de esta última transacción y a las direcciones del usuario o usuarios a cuyo favor se hace la transferencia, en este caso la del usuario *Y*, se les denomina salidas.

Toda transacción, por tanto, habrá de estar compuesta por una serie de elementos que, al menos, serán: entradas, salidas, la cantidad a transferir y su identificador de transacción, que no es más que el código hash que se calcula a partir de todo el conjunto de información que compone la propia transacción.

En la figura 1 se puede ver una representación gráfica de la implementación de este *árbol de transacciones* para una transacción concreta, cuyo identificador es: 9844f73174f4dcf249fb1c8c640b505962c3d6eeacf684b7e-808da752c68cb1d y que fue realizada por el usuario con clave pública: 1DpkGipzLb32KcqYbwCDbQNmJgrr6oMyip para transferir un total de 1,71835096 BTC en favor del usuario con identificador: 1Lnt32vFqwz7WkqS1KXN2xwX-2DZ4Nj4j1m.

En dicha figura únicamente se muestran los tres primeros caracteres de los identificadores de las diversas transacciones y usuarios involucrados. En ella se pueden ver las transacciones pasadas, o entradas de la transacción actual, que apuntaban al usuario: 1DpkGipzLb32KcqYbwCDbQNmJgrr6oMyip, y que fueron utilizadas por este para realizar el pago a favor del destinatario antes indicado.

Dichas entradas sumaban un total de 1,72951046 BTC que se desglosan en las siguientes salidas: una comisión de 0,00112312 BTC a satisfacer al minero que mine el bloque en el que se incluya la transacción (en la forma que luego se verá), los 1,71835096 BTC a pagar a favor del usuario: 1Lnt32vFqwz7WkqS-1KXN2xwX2DZ4Nj4j1m y el cambio que se devuelve al pagador, el usuario: 1DpkGipzLb32KcqYbwCDbQNmJgrr6oMyip, lo que también genera una salida en la transacción.

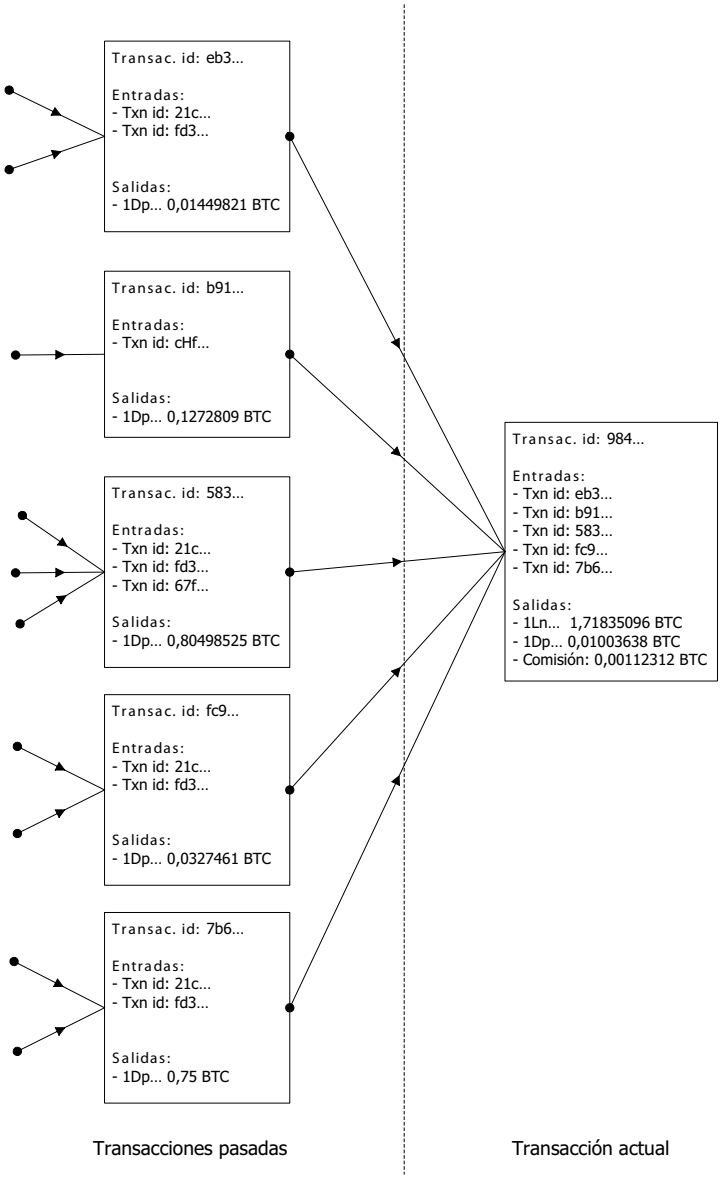
En la figura 2 se muestra la salida que proporciona la página web blockexplorer.com si se consulta en ella esta transacción y en la que, entre otros elementos, se ha resaltado el bloque de entradas, para las que esta página muestra, no los identificadores de transacción, sino los códigos de los usuarios que las realizaron a favor del que ahora dispone de los fondos.

Una vez verificada y realizada una transacción por un nodo, se difunde por el resto de la red para que sea nuevamente verificada, confirmada e incluida en la cadena de bloques por los mineros y almacenada en la copia local de cada nodo.

Resumiendo lo hasta ahora visto se puede concluir que Bitcoin, mediante el establecimiento de una red Peer-to-Peer y el uso de criptografía asimétrica, implementa un sistema que:

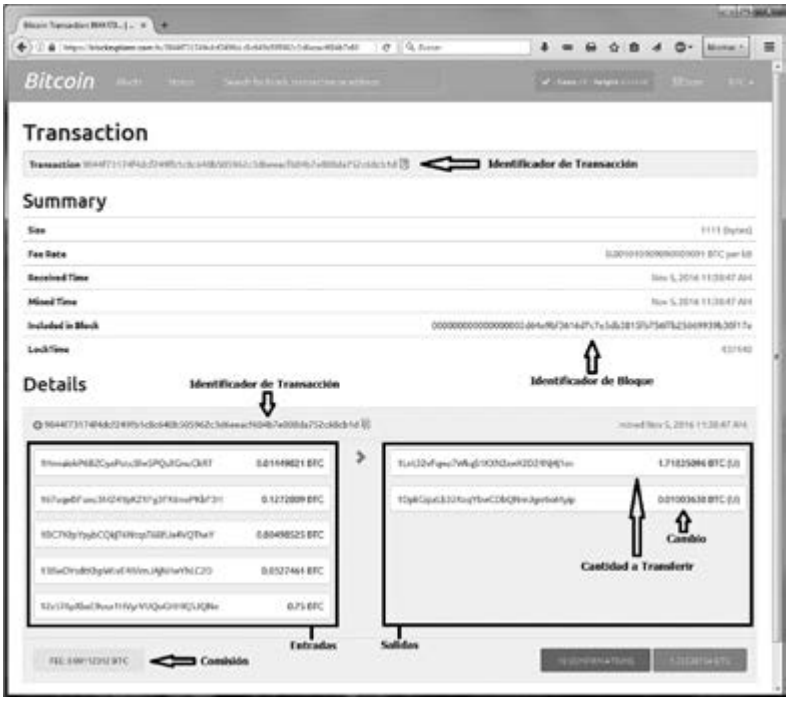
— Permite el envío de mensajes de transacción entre sus usuarios.
— Teóricamente, y mediante la utilización de los mecanismos de verificación de firma digital explicados, puede asegurar que el titular del

Figura 1



Transacción: 9844f73174f4dcf249fb1c8c640b505962c3d6eeacf684b7e808da752c68cb1d

Figura 2



Datos proporcionados por la página web blockexplorer.com para la transacción: 9844f73174f4dcf249fb1c8c640b505962c3d6eeacf684b7e808da752c68cb1d

correspondiente par de claves pública y privada es el remitente de un determinado mensaje de transacción.

— Gestiona un registro contable en el que lo que se almacena no son los saldos a favor de cada usuario sino el historial completo de todas las transacciones realizadas, así como las relaciones entre ellas.

— Y en el que la posibilidad de llevar a cabo una nueva transacción depende de la validez de las anteriores. Esta validez se comprueba por cada nodo de la red, para todo el histórico de transacciones, al instalar la aplicación cliente y descargar la cadena de bloques completa existente en ese momento y, para cada nueva transacción, en el momento de realizar esta y respecto de las transacciones anteriores, o entradas, involucradas en la misma.

Otras características de las transacciones son las siguientes:

— Cada bitcoin se divide en cien millones de partes que no reciben el nombre de céntimos ni de peniques sino de *satoshis* (en honor al creador del sistema), siendo la transferencia mínima, que se puede realizar, de: 546 *satoshis* o 0,00000546 BTC.
— Cada entrada, de una nueva transacción, ha de usarse por completo, de tal forma que, si el número de bitcoins asociado a esa entrada es superior a la cantidad que se quiere transferir, dicha transacción tendrá una salida de *vuelta* o *cambio* mediante la que se devolverá al pagador, o a otro usuario que este especifique, la diferencia.
— Cada transacción puede tener una o más entradas e, igualmente, una o más salidas. A su vez, las entradas pueden ser de uno solo o de varios usuarios, en cuyo caso se requerirá que todos ellos firmen la transacción, y las salidas también pueden dirigirse a un único o a varios destinatarios.
— En la actualidad, no es obligatorio el pago de una comisión al realizar una transacción (ya que todavía existen mineros que validan este tipo de transacciones), no obstante, si se paga, la confirmación de dicha transacción se obtendrá con mayor rapidez. La cuantía de estas comisiones dependerá, no de la cantidad a trasferir, sino del número de entradas y salidas de la transacción de que se trate.
— Una vez que se firma y se envía un mensaje de transacción, este llegará a su destinatario en segundos, no obstante, se tratará de una transacción no confirmada, es decir, una transacción que todavía no forma parte de ningún bloque en la cadena de bloques. Por tanto, cuando una transacción recibe la primera confirmación significará que se ha integrado en un bloque para formar parte de la cadena de bloques.
— Una transacción, a pesar de no estar confirmada, se puede utilizar como entrada en una nueva transacción, aunque esto no es recomendable. Las confirmaciones proporcionan seguridad a los destinatarios de las transacciones, al asegurar su titularidad sobre las monedas recibidas y les protegen frente a los ataques de doble gasto y frente a los ataques del 51%, que luego se verán.
— Bitcoin soporta un lenguaje de programación: el Bitcoin Scripting, que es el lenguaje que utiliza internamente el sistema para sus operaciones como el envío de transacciones, el intercambio de información entre nodos, etc., pero que también permite introducir código en las transacciones que se ejecutará con estas, aunque la mayor parte de las aplicaciones cliente ocultan esta posibilidad a los usuarios.
— Por último, debe recordarse que las transacciones no pueden revertirse. Si, por ejemplo, se realiza una transacción indebida, se transfiere una cantidad superior a la necesaria, se envía a un destinatario erróneo,

etc., no habrá forma de volver atrás estas operaciones, salvo que se tenga algún medio para contactar con sus destinatarios, estos acepten la reclamación y realicen la correspondiente devolución a nuestro favor.

4. La cadena de bloques

Hasta ahora se ha descrito el protocolo que Bitcoin establece para la realización de transacciones entre los distintos usuarios, pero no se han mencionado, más que incidentalmente, las cadenas de bloques, por lo que el lector que haya llegado hasta este punto probablemente se estará preguntando si, después de todo, estas cadenas tienen algún papel en el sistema, a pesar de la importancia que, en la introducción de este artículo, se ha dicho que tenían.

Como se recordará, los creadores de Bitcoin trataron de establecer un sistema totalmente distribuido que permitiera el intercambio de dinero y en el que era imperativo prescindir de cualquier elemento que fuese necesario para su funcionamiento pero que pudiera estar controlado por una o por unas pocas manos.

Ello implica que no existe, por ejemplo, una única señal horaria que sea suministrada a los distintos usuarios y nodos para establecer el momento exacto en el que se realiza una transacción y, por otro lado, tampoco se puede tener en cuenta el sellado de tiempo que cada usuario pudiera haber puesto en el momento de firmar y enviar sus transacciones, ya que aquella marca horaria podría ser fácilmente manipulable.

En esta situación y teniendo en cuenta la arquitectura general del sistema, en el que como se ha visto las transacciones se comunican progresivamente de nodo a nodo, no puede garantizarse que el orden en el que un nodo de la red recibe dichas transacciones es el mismo en el que fueron realizadas.

Como consecuencia de lo anterior se abriría la puerta al fraude y, en concreto, a la posibilidad de llevar a cabo ataques de doble gasto.

Efectivamente, un usuario malintencionado podría realizar una transacción y a continuación, antes de que esta fuese validada, desde otro dispositivo realizar una nueva transacción utilizando las mismas entradas que en la anterior. Debido a los diferentes tiempos de propagación en la red habrá nodos que recibirán la segunda transacción antes que la primera —y por ello considerarán esta última como inválida— y viceversa, con lo que no habría acuerdo en cuanto a que operaciones deben considerarse válidas.

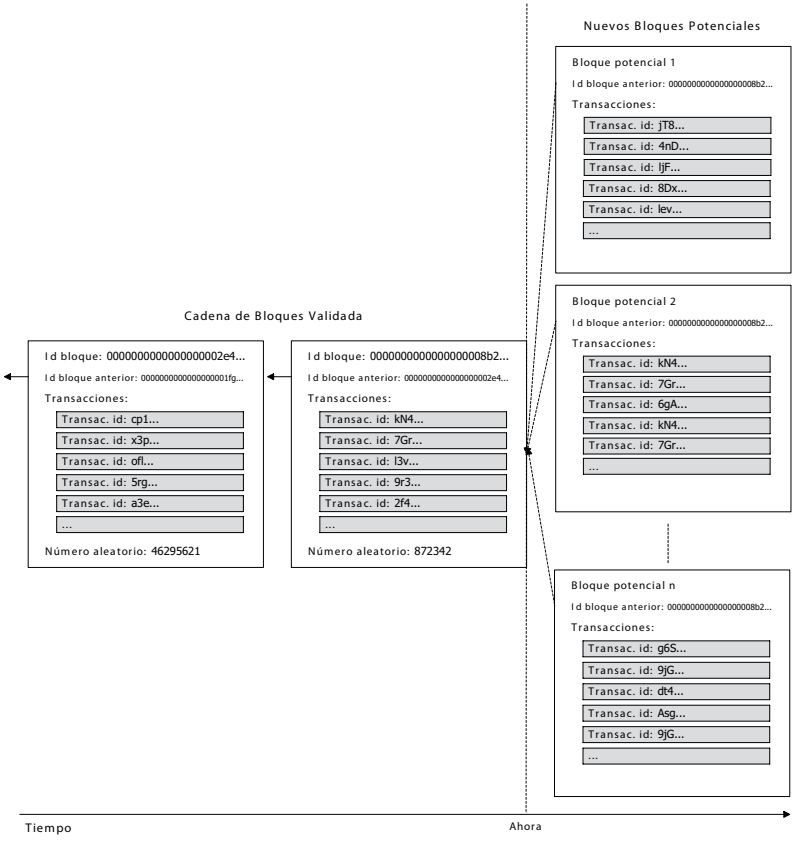
La solución que se ha implementado en Bitcoin para dar solución al anterior problema es, precisamente, la cadena de bloques que no es, por tanto, más que un mecanismo para ordenar las transacciones.

De esta forma las transacciones se agrupan en bloques y estos se enlazan entre sí, formando la cadena de bloques. En la figura 3 puede verse una representación de la cadena de bloques y de sus distintos componentes.

Cada bloque tiene una estructura definida en la que, al menos, se habrá de incluir el identificador de bloque, el identificador o referencia al bloque anterior[28], el conjunto de transacciones que se agrupan en el propio bloque (cada una de las cuales incluirá, al menos, los datos que se han visto anteriormente, es decir: entradas, salidas, importe, identificador de transacción, etc.) y un número aleatorio (que recibe el nombre de *nonce*) cuya función se verá más adelante.

Por tanto, en Bitcoin se gestionan dos estructuras paralelas y con funciones diferentes. En primer lugar, el árbol de transacciones cuya función es determinar la titularidad de las monedas y, en segundo lugar, la cadena de bloques que tiene por objeto ordenar dichas transacciones.

Figura 3
Representación esquemática de la cadena de bloques



Las transacciones incluidas en un mismo bloque se considera que se han producido al mismo tiempo, mientras que la referencia que cada bloque contiene al anterior permite ordenarlos uno tras otro en el tiempo.

Cualquier nodo puede agrupar transacciones que todavía no forman parte de ningún bloque —es decir, transacciones no confirmadas—, formar un nuevo bloque potencial y difundirlo al resto de nodos como propuesta de siguiente bloque en la cadena.

Dado que los distintos nodos de la red pueden realizar diferentes propuestas de nuevos bloques potenciales, es necesario establecer un criterio que permita decidir cuál de estos nuevos bloques potenciales debe ser considerado el siguiente bloque de la cadena.

Este criterio no puede ser el orden de recepción de las nuevas propuestas de bloques ya que, como se ha visto para el caso de las transacciones y como consecuencia de las diferentes velocidades de propagación de la información entre los nodos de la red, ello podría dar lugar a decisiones contradictorias entre dichos nodos.

Al contrario, el criterio por el que se opta en Bitcoin es considerar válido el nuevo bloque propuesto que incluya la solución a una búsqueda matemática. Esta solución es el número aleatorio, que se ha mencionado anteriormente al exponer la estructura de los bloques, y que aparece en cada uno de los bloques validados de la figura 3.

Estas búsquedas matemáticas son realizadas por los nodos de la red que actúan como mineros y consisten, una vez más, en el cálculo de un hash. En este caso, el hash se calcula a partir de los datos que conforman cada nuevo bloque propuesto[29].

En concreto, dicho cálculo, se lleva a cabo sobre la estructura del siguiente conjunto de datos: identificador del último bloque de la cadena, el conjunto de transacciones que se integran en el nuevo bloque propuesto sobre el que se realiza el cálculo y un número aleatorio o *nonce*[30].

Para que el nuevo bloque sea considerado válido y, por tanto, el siguiente bloque de la cadena de bloques, el hash calculado debe estar por debajo de un determinado valor o, dicho de otra forma, debe tener un número determinado de ceros al principio (como ejemplo se puede ver el identificador de bloque que se muestra en la figura 2).

Si el hash no cumple las anteriores condiciones se cambia el número aleatorio utilizado por otro distinto y se vuelve a realizar el cálculo del hash y así sucesivamente hasta que se obtiene el código hash con las condiciones requeridas.

Teóricamente, de media serían necesarias miles de millones de operaciones de cálculo de hash como las anteriores para dar con la solución que valide una concreta propuesta de bloque, lo que, a un solo ordenador, le llevaría años. No obstante, el propio sistema se autorregula, teniendo en cuenta la potencia de cálculo de todos los nodos de la red Bitcoin que actúan como mineros, ajustando

cada dos semanas la dificultad de la búsqueda para que el tiempo medio de validación de bloque se mantenga alrededor de los 10 minutos.

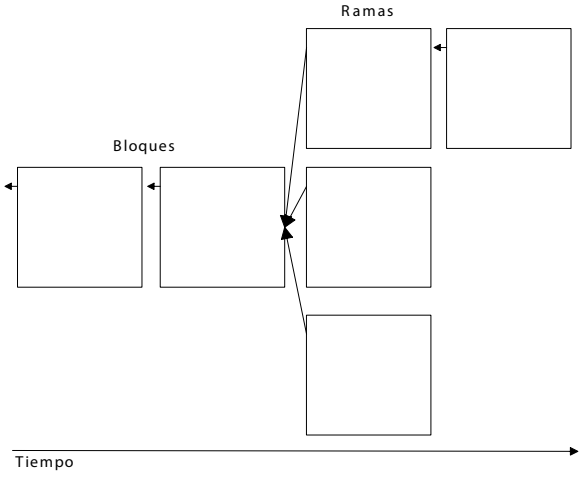
Este periodo de 10 minutos es un compromiso entre el tiempo de confirmación y la probabilidad de que se produzcan ramas o bifurcaciones en la cadena (que se verán a continuación). Un intervalo de tiempo más corto en la confirmación de los bloques, haría que las transacciones se ejecutaran más rápidamente, pero aumentaría la probabilidad de que se produjeran ramas en la cadena de bloques y viceversa.

Una vez que se encuentra el número aleatorio o *nonce* que produce el hash con las características mencionadas, se considera que se ha validado la propuesta de bloque y el minero que ha resuelto la búsqueda lo difunde por la red para que sea verificado por el resto de nodos y aceptado como siguiente bloque de la lista. En el nuevo bloque se incluirá el hash calculado, que será el identificador del propio bloque, el hash del bloque anterior, el conjunto de transacciones que conforman el nuevo bloque, así como el número aleatorio que resuelve la búsqueda matemática expuesta.

Con esta configuración, sin embargo, no se resuelven todos los problemas ya que es posible que dos o más mineros validen simultáneamente propuestas de nuevos bloques diferentes, dando lugar a varias ramas posibles en la cadena.

En este tipo de situaciones cabe preguntarse cuál de los distintos primeros bloques, de las diferentes ramas existentes, habrá de ser considerado como bloque anterior al intentar validar un nuevo bloque o, en otras palabras, en que

Figura 4
Ramas en la cadena de bloques



rama deben integrarse los nuevos bloques. La regla es que, si todas las ramas tienen el mismo número de bloques, cada minero seguirá validando bloques considerando como anterior el último de los bloques de la primera de las ramas que hubiera recibido. No obstante, en el momento en el que una rama sea más larga que las demás automáticamente se comenzará a minar sobre esta lo que, además, provocará que el resto de ramas se eliminen y que todas las transacciones que estaban incluidas en los bloques que integraban estas ramas más cortas y que, por tanto, eran consideradas transacciones confirmadas, pasarán a formar parte, nuevamente, del conjunto de transacciones no confirmadas y tendrán que ser incluidas en un bloque posterior que, a su vez, habrá de ser minado para poder integrarse otra vez en la cadena de bloques.

Desafortunadamente, esta última circunstancia abre la posibilidad a que un usuario malintencionado pueda llevar a cabo dobles gastos (que era precisamente lo que se trataba de evitar mediante la cadena de bloques) por medio de los ataques del 51%.

Efectivamente, imaginemos que un usuario *X* realiza una transacción a favor de otro usuario *Y*. Este usuario *Y*, por su parte, espera a que dicha transacción sea confirmada para prestar el servicio o enviar el producto adquirido por *X*. Mientras tanto, *X* mina su propia rama de bloques en la que incluirá una nueva transacción a partir de la misma entrada que utilizó para realizar el pago a favor de Y, pero para usarla en favor de un usuario diferente.

Cuando la transacción original a favor de Y se haya validado y dicho usuario Y, en consecuencia, realice el servicio contratado por *X*, este último envía a la red la rama minada por él, la cual, si es de mayor longitud que la rama que contenía la transacción original, sustituirá a esta y, por tanto, se producirá la desconfirmación de, entre otras, la transacción original a favor de *Y*.

Con ello, *Y* habrá perdido su dinero ya que cuando se trate de confirmar/minar nuevamente la transacción a su favor, el sistema detectará que la entrada utilizada por X para pagarle ya se ha gastado en otra operación y se invalidará.

Dado que X no puede modificar un bloque de la cadena sustituyendo una transacción por otra, ya que ello se detectaría inmediatamente mediante la verificación de hashes, la única vía que le queda es competir con el resto de nodos en una carrera matemática por construir una rama de mayor longitud que la construida por estos. Por ello se suele decir que, para tener éxito en este tipo de ataques, X debería controlar, al menos, más del 50% de la totalidad de la potencia de cálculo de todos los nodos/mineros que integran la red, de ahí el nombre de ataques del 51%.

Usualmente se considera que la probabilidad de que un ataque del 51% pueda tener éxito es despreciable, dado el elevado número de mineros que integran la red Bitcoin, pero que, en todo caso, se recomienda esperar a que una transacción sea confirmada al menos por seis nodos antes de realizar la correspondiente contraprestación.

La realidad, sin embargo, es que es posible demostrar[31] que:

— No es necesario controlar más de la mitad de la potencia de cálculo de la red Bitcoin, sino que, al contrario, es posible realizar con éxito, y con una probabilidad no nula, los ataques anteriormente descritos cualquiera que sea la potencia de cálculo de la que dispone un atacante.
— Cuanto mayor sea el número de confirmaciones que reciba una transacción más disminuye la probabilidad de éxito de un ataque de doble gasto. La velocidad en la disminución de dicha probabilidad dependerá de la potencia de cálculo de la que disponga el atacante.

  No obstante, ningún número de confirmaciones disminuirá la probabilidad de éxito a cero. Por el contrario, si el atacante dispone de más potencia de cálculo que el resto de la red (es decir, más del 50% de la totalidad de la misma), ningún número de confirmaciones reducirá la tasa de éxito por debajo del 100%. En realidad, un usuario malintencionado de este último tipo no solo podrá llevar a cabo un ataque de doble gasto respecto de cualquier transacción, sino que también podrá forzar que cualquier bloque no minado por él sea rechazado.
— La recomendación de esperar 6 confirmaciones, a la que me he referido anteriormente, está basada en la asunción de que es improbable que un atacante pueda controlar más del 10%[32] de la capacidad de cálculo de la red y de que una probabilidad de éxito en los ataques del 0,1 es aceptable. No obstante, si bien el criterio de las seis confirmaciones puede desincentivar al atacante ocasional no supone ningún obstáculo insalvable para un atacante que efectivamente disponga de más de aquel 10% de la potencia de cálculo.

5. El problema del tamaño de los bloques

Con el fin de dificultar los ataques de denegación del servicio, en el momento de diseñar el protocolo Bitcoin, se fijó un tamaño máximo de bloque relativamente bajo, concretamente en un máximo de 1 MB[33]. La consecuencia de esto es que la capacidad máxima de procesado de transacciones por unidad de tiempo se reduce a, aproximadamente, 7 transacciones por segundo dado que un bloque se mina cada 10 minutos y el tamaño de cada transacción es alrededor de 250 bytes, con lo que en cada bloque se pueden agrupar, como máximo, unas 4000 transacciones[34].

Comparativamente, los operadores financieros ordinarios tienen velocidades de procesamiento mucho mayores (VISA, por ejemplo, puede procesar más de 56.000 transacciones por segundo[35]) lo que dificulta que Bitcoin, en su configuración actual, pueda llegar a ser adoptado como un sistema de

pagos global, dados los problemas de escalabilidad que podrían presentarse en el futuro.

Ello ha provocado que el tamaño de los bloques se haya convertido en una de las preocupaciones principales dentro de la comunidad Bitcoin y, además, ha producido una fuerte división, enfrentamientos y abandonos entre el núcleo de desarrolladores principales, los mineros y las empresas que prestan servicios alrededor de Bitcoin y respecto de si, efectivamente, la limitación en el tamaño de los bloques es un problema y, en su caso, cual es la solución que se le debe dar.

A este respecto se han dado diferentes argumentos a favor y en contra de aumentar el tamaño de bloque:

- A favor:
— La ya apuntada necesidad de aumentar la velocidad de procesamiento de las transacciones para poder competir con otros sistemas de pagos ya establecidos.
— Si no se aumenta la velocidad de procesamiento indicada las comisiones que los usuarios han de pagar a los mineros para que estos validen y minen sus transacciones lo antes posible, irán aumentando progresivamente, lo que desincentivará la utilización del sistema.
— Se crearía espacio para la implementación de extensiones del protocolo Bitcoin como, por ejemplo, las llamadas *metacoins, metachains o blockchain apps* (Colored Coins, Mastercoin, Counterparty, etc.). Estas extensiones se caracterizan por compartir la cadena de bloques de Bitcoin, pero añaden nuevas capas al protocolo que permiten incluir datos adicionales en las transacciones.

- En contra:
— Unas comisiones más altas, o simplemente la necesidad de pagar algún tipo de comisión, permitirá eliminar las transacciones spam e incentivar económicamente a los mineros para que no abandonen el sistema, sobre todo teniendo en cuenta que la recompensa que reciben por minar bloques se reducirá progresivamente, como se expone en el epígrafe siguiente.
— Aumentará la probabilidad de que se produzcan ramas en la cadena y, por tanto, una mayor probabilidad de que se puedan dar situaciones de doble gasto, ya que el mayor tamaño de los bloques implicará una velocidad de propagación más lenta y también requerirá una mayor capacidad de procesamiento en los nodos.
— Esta menor velocidad de propagación y la necesidad de una mayor capacidad de procesamiento provocará una mayor centralización de la red Bitcoin ya que se reducirá el número de mineros, como consecuencia de

los aumentos de costes, y, por tanto, la seguridad del sistema también disminuirá.

— Dado que habría más transacciones en cada bloque, el número de bloques a minar sería menor y como quiera que los mineros reciben una recompensa por bloque minado, su retribución disminuiría, lo que agravaría el problema señalado en el punto anterior.

— El aumento del tamaño de los bloques sería, en todo caso, una medida transitoria ya que ningún tamaño específico asegurará que no se puedan presentar problemas de escalabilidad en el futuro.

— Sería necesaria una bifurcación dura u obligatoria (hard fork) de la cadena de bloques ya que se implementaría una nueva versión del sistema que no sería totalmente compatible con la anterior.

Se trataría, por tanto, de una bifurcación planificada que supondría el abandono de la antigua cadena de bloques lo que requeriría la aceptación unánime de la nueva versión por todos los actores del sistema, así como su migración a la nueva cadena.

No obstante, dado su número y los fuertes intereses contrapuestos de los distintos tipos de usuarios, tal unanimidad se estima prácticamente imposible y la realización de esta bifurcación dura traería consecuencias catastróficas para la reputación y el precio de las bitcoins.

En cualquier caso, lo cierto es que se han publicado diversas propuestas para la ampliación del tamaño de los bloques (Bitcoin Improvement Proporsal o BIP)[36], siendo algunas de las más conocidas: Bitcoin Classic, Bitcoin Unlimited o Bitcoin XT. Esta última, por ejemplo, fue publicada en agosto de 2015 por Gavin Andresen y Mike Hearn (ambos habían sido anteriormente desarrolladores principales de Bitcoin) y consiste en una variante de la propuesta BIP 101, es decir, se trataría de aumentar el tamaño de los bloques, a partir del pasado 11 de enero de 2016, de 1 Mb a 8 Mb, duplicándolo nuevamente cada dos años, hasta alcanzar los 8192 MB, pero añadiendo, además, mejoras en el protocolo para dificultar el doble gasto, los ataques DDoS, mejorar la identificación de los nodos, etc. Los proponentes, además, defendían que Bitcoin XT debía ser adoptado obligatoriamente por todos los nodos, una vez que fuese aceptada, e instalada, por el 75% de los nodos mineros.

Sin embargo, su acogida entre la comunidad bitcoin no fue la esperada por sus autores (en la dirección: http://xtnodes.com/#all_nodes, se puede consultar el número de nodos que utilizan Bitcoin XT, y también Bitcoin Core o tradicional, Bitcoin Classic y Bitcoin Unlimited, frente al total de la red) ya que Bitcoin XT apenas se encuentra instalada en poco más del 1% de los nodos y, sin embargo, lo que si se ha producido, es una fuerte lucha interna, una suerte de guerra civil, en la comunidad bitcoin, empezando por el propio grupo de los cinco desarrolladores principales en el que dos de ellos (Gavin Andresen y

Jeff Garzik) defendían la realización de la bifurcación dura, antes mencionada, pero los otros tres la rechazaban totalmente.

Igualmente se han producido conflictos entre los mineros acompañados de ataques informáticos para colapsar los nodos que implementaban Bitcoin XT y también las empresas que prestan servicios alrededor de Bitcoin se han involucrado en este problema del tamaño de los bloques, así como en los conflictos descritos. Por ejemplo, algunas entidades como Blockstream han sido acusadas de oponerse frontalmente al aumento del tamaño de bloque exclusivamente por razones de lucro empresarial ya que, de esta forma, dichas empresas podían imponer la utilización de sus propias soluciones técnicas a los problemas derivados de mantener el tamaño actual[37] (en el caso de Blockstream su solución se denomina Lightning Network[38]), cobrando las correspondientes comisiones por su uso a los usuarios.

Todo esto provocó, finalmente, que en enero de 2016 Mike Hearn, comunicara su retirada en un amargo artículo[39] en el que anunciaba la venta de todos sus bitcoins, consideraba a Bitcoin como un experimento fallido y muerto y señalaba sus, a su juicio, numerosos problemas, entre los que mencionaba la ya indicada falta de capacidad para procesar el incremento futuro de transacciones, lo que producirá el consiguiente colapso y abandono del sistema; la monopolización de la práctica totalidad de la capacidad de minado por unos pocos grupos, que se oponen a cualquier modificación que pueda alterar su status actual lo que supone, además, la pérdida de control de Bitcoin por parte de los usuarios que era, precisamente, uno de los objetivos iniciales; también la falta de claridad respecto de la cuantía de las comisiones a pagar por la realización de las transacciones y su previsible rápido crecimiento en el futuro; la falta de democracia en la comunidad Bitcoin; etc.

En cualquier caso, el problema del tamaño de los bloques, y su consecuencia de la reducida capacidad de procesamiento de transacciones por unidad de tiempo, es, a día de hoy, un problema pendiente de solución.

6. Mineros

Como se ha visto una de las principales funciones de los nodos de la red que actúan como mineros es la construcción de la cadena de bloques. No obstante, también son el medio para la generación y distribución de nuevas monedas en el sistema ya que cada vez que un minero construye un bloque válido, recibe una recompensa en forma de bitcoins de nueva creación aunque, antes de recibirla, tendrá que esperar a que se hayan minado otros 99 bloques.

Cada 210.000 bloques minados, lo que, a la velocidad de minado de 10 minutos por bloque, ocurre aproximadamente cada cuatro años, la recompensa se reduce a la mitad y, precisamente, 2016 ha sido uno de los años en los que

dicha reducción ha tenido lugar y, así, mientras que hasta el pasado 9 de julio la cantidad pagada a los mineros por cada bloque minado era de 25 bitcoins, a partir de dicha fecha, se ha reducido a 12,5 bitcoins. Con esta progresión, el número total de bitcoins que se crearán será de, aproximadamente, 21 millones[40].

Además de la anterior, otra fuente de ingresos de los mineros, como ya se ha indicado, es el cobro de las comisiones que los usuarios hayan pagado para acelerar la confirmación de sus transacciones. En la actualidad, el pago de estas comisiones, si no se quiere ganar prioridad para confirmar la transacción, no es obligatorio, pero en el futuro, cuando cese el sistema de recompensas o cuando estas dejen de ser rentables, las comisiones serán la única fuente de ingresos de los mineros, por lo que la realización de transacciones dejará de ser gratuita y, probablemente, la cuantía de dichas comisiones crecerá de forma significativa.

En los primeros días del sistema los mineros tenían un carácter principalmente doméstico, utilizando sus propios ordenadores personales para llevar a cabo el minado de bitcoins. Este era el sueño libertario de Satoshi Nakamoto, dinero *cultivado* domésticamente. No obstante, conforme el valor de la moneda subía, los mineros comenzaron a profesionalizarse y a asociarse para repartirse las ganancias.

Paralelamente a todo ello, se comenzó a diseñar y construir hardware y procesadores a medida para el minado de bitcoins[41] (ASIC's: application-specific integrated circuits), que han venido doblando su capacidad de procesamiento, aproximadamente, cada 6 meses, alcanzando, en la actualidad, alguna de estas máquinas una capacidad de decenas de tera-hashes por segundo. Igualmente, surgieron startups que ofrecían la posibilidad de contratar capacidad de minado en la nube[42].

Todo ello ha conducido a la aparición de grandes *granjas* con miles de máquinas especializadas dedicadas exclusivamente al minado de bitcoins que, prácticamente, han eliminado la posibilidad de que los mineros domésticos u ocasionales puedan conseguir minar algún bloque. De esta forma cada vez es mayor la complejidad técnica y los recursos necesarios para el minado de bloques. Además, el minado es una actividad con un alto consumo energético, uno de los principales costes (alrededor del 90%) que deben afrontar los mineros es, precisamente, el coste de la electricidad y, como cualquier industria con un consumo intensivo de energía, la industria del minado de bitcoins ha terminado localizándose en lugares en los que los costes de la energía eléctrica son bajos, como por ejemplo: China, Georgia, Mongolia, Malasia, etc. —en los que la energía se genera principalmente a partir del carbón y las normas medioambientales no demasiado estrictas— o, también, en Islandia —que cuenta con abundante energía renovable y barata—.

Los mineros son imprescindibles para la seguridad de Bitcoin. Efectivamente, cuanto mayor sea la capacidad total de minado del sistema mayor será la

dificultad de la búsqueda matemática mediante la que se minan los bloques y, por tanto, menor será la probabilidad de que un minero, o un grupo de mineros, puedan llevar a cabo un ataque del 51%.

Si la capacidad total de minado es reducida, el sistema se autorregulará bajando la dificultad de la búsqueda matemática, para que el tiempo medio de minado por bloque se mantenga en 10 minutos, con lo que aumenta la probabilidad de que un agente externo con suficiente capacidad de minado se incorpore al sistema y pueda llevar a cabo los mencionados ataques del 51%. Además, debe tenerse en cuenta que, como se ha visto anteriormente, con una capacidad de cálculo significativa, aunque sea menor al 51% del total, la probabilidad de llevar a cabo ataques con éxito es muy elevada.

Por tanto, desde el punto de vista de la seguridad, la situación ideal sería que existiera una gran capacidad total de computación, pero distribuida entre un elevado número de mineros, de tal forma que ninguno de ellos por sí solo, o asociado con otros, pudieran atacar el sistema y, precisamente, con estas premisas se había diseñado Bitcoin.

Sin embargo, la creciente complejidad técnica y, también, los crecientes recursos financieros, materiales y humanos necesarios para minar las monedas favorecen la aparición de superestructuras o grupos de mineros. Así, por ejemplo, durante el pasado mes de abril más del 70% del total de transacciones fueron minadas por grupos chinos de minado y, más del 70% de aquel porcentaje por solo dos de estos grupos. En tiempos más recientes y, en concreto, en los cuatro días anteriores a la fecha de este artículo, el 50,1% de la capacidad de minado mundial estaba en manos de únicamente 4 de estos grupos y, solamente una docena de ellos, reunía más del 87% de la capacidad total de minado[43]. Todos estos datos demuestran que, en realidad, Bitcoin no es tan descentralizada como se quiere hacer ver y, también, que, como apuntaba Mike Hearn, sus usuarios han perdido el control del sistema.

Estas agrupaciones mineras también han sido señaladas como culpables de la progresiva obsolescencia técnica de Bitcoin, que no ha experimentado ningún cambio significativo en los últimos años, dado que estos deben ser aceptados por los mineros, mediante la instalación de las nuevas versiones en sus sistemas, las cuales no serán aceptadas si suponen una alteración del *status quo* que les pueda producir algún tipo de perjuicio o detrimento económico.

En cualquier caso, el futuro de los mineros es incierto ya que conforme vaya disminuyendo la recompensa que obtienen por el minado de bloques y esta actividad deje de ser rentable, se producirá la expulsión de muchos de ellos, lo que reducirá la seguridad del sistema y, con ello, la pérdida de usuarios y la pérdida de valor de la moneda por la desconfianza que se generaría.

En esta situación la única alternativa que tendrían sería el cobro de comisiones por transacción que pasarían a ser obligatorias y más elevadas que en la actualidad, lo que igualmente podría producir el abandono de usuarios.

En realidad, lo que Bitcoin hace no es eliminar los intermediarios sino sustituir unos por otros, es decir, sustituye a los operadores bancarios tradicionales por los mineros.

Como argumento a favor de Bitcoin se suele señalar que sus costes y comisiones son mucho más reducidas que las de la banca tradicional, lo que ocurre, sin embargo, es que, en la actualidad, la razón de que sus comisiones sean muy reducidas o inexistentes es que los mineros son retribuidos por el propio sistema, pero, como se ha visto, esto no será así en el futuro. Por otra parte, en el negocio bancario tradicional, además de existir una relación contractual donde se recogen los derechos y obligaciones para ambas partes, sus operadores están sujetos a las normas sobre transparencia y defensa de los consumidores, cuya aplicación se les puede reclamar; sin embargo, nada de esto existe en Bitcoin.

7. Cadenas de bloques públicas y privadas

Lo hasta ahora expuesto se refiere al funcionamiento de un sistema (Bitcoin) que implementa el protocolo de funcionamiento de una cadena de bloques con respecto a un problema concreto: un sistema de pagos global.

Desde el punto de vista de las credenciales o privilegios necesarios para el acceso, Bitcoin puede ser considerada como una cadena de bloques pública, en el sentido de que se diseñó para que fuera libremente accesible por cualquiera sin más requisitos que disponer de un dispositivo adecuado y una simple conexión a internet.

De esta forma cualquier persona puede consultar la información almacenada en la cadena de bloques, también puede incorporar nueva información realizando transacciones e incluso participar en la construcción de la propia cadena mediante el minado de bloques.

Las ventajas que aporta la tecnología de las cadenas de bloques son principalmente dos: en primer lugar, permiten validar y detectar fácilmente la modificación o la corrupción de la información y, en segundo lugar, que la totalidad de la información se encuentra replicada en cada uno de los nodos de la red, todo lo cual permite prescindir de los llamados *terceros de confianza*. Efectivamente, en las cadenas de bloques públicas cualquier usuario puede, no solo consultar la información almacenada en ella, sino que también puede verificar su integridad y autenticidad, en el caso de Bitcoin mediante la comprobación de firmas y el recálculo de hashes, y, en el caso de que alguna de estas comprobaciones falle, se puede acudir a la copia de la información que se almacene en cualquier otro nodo, hasta obtener alguna que supere todas las comprobaciones y pueda ser considerada correcta.

No obstante, pueden existir situaciones en que no sea conveniente que la información sea de libre acceso; situaciones en que deban exigirse determinados

privilegios para la incorporación de la información o supuestos en que deban establecerse ambas restricciones.

Es en este tipo de casos en los que las cadenas de bloques privadas tendrían aplicación. Dentro de esta categoría, por otra parte, se puede distinguir entre las cadenas completamente privadas y las consorciales[44]. Las primeras son aquellas en las que los permisos de escritura están centralizados en una sola organización mientras que los de lectura pueden ser igualmente centralizados, públicos o bien parte de la información es libremente accesible y parte no. Las consorciales, por su parte, son aquellas otras que son operadas por unas pocas organizaciones cada una de las cuales puede gestionar uno o varios nodos preseleccionados y en los que se confía para llevar a cabo las labores de minado.

Entre las ventajas de las cadenas de bloques privadas se encuentran:

— Se puede llevar a cabo adaptaciones a medida del protocolo.
— Aumenta la velocidad de procesamiento de transacciones al reducirse el número de nodos en los que, además, se confía, por lo que no es necesario que cada nodo verifique cada una de las transacciones y tampoco es necesario que el mecanismo de minado de bloques sea una búsqueda matemática, como la expuesta anteriormente para el caso de Bitcoin, pudiendo sustituirse por otros mecanismos más rápidos.
— Tampoco sería necesario el establecimiento de un testigo o token (como las bitcoins) ya que estos son usados en las criptomonedas para retribuir a los mineros y, en el caso de las cadenas de bloques privadas, la retribución suele obtenerse por otros medios.
— Como consecuencia de lo anterior el coste por transacción puede reducirse y las comisiones pueden establecerse y regularizarse para que sean previamente conocidas por todos.
— La confidencialidad de la información se refuerza si se restringen los permisos de acceso.

Sin embargo, las cadenas de bloques privadas contradicen algunos de los principios que inspiraron originalmente la tecnología. Recordemos que el objetivo de las cadenas de bloques era implementar un sistema con el que realizar transacciones de forma segura eliminando el factor humano, es decir, sin que fuese necesario ningún intermediario, tercero de confianza o entidad central, y sin que sus usuarios tuviesen que confiar, o incluso conocerse, entre sí.

Evidentemente, con las cadenas de bloques privadas una o unas pocas personas o entidades serán las que definan el funcionamiento general del sistema, las características de los nodos, formas de validación, etc. e, igualmente, se reduce el nivel de redundancia de la información por lo que no solamente se estaría volviendo a la centralización, sino que, desde el momento en el que se establezcan restricciones en el acceso a la información, también sería necesario confiar en los gestores del sistema.

Con ello se pierde cierta justificación en cuanto al recurso a la tecnología de las cadenas de bloques, pudiendo utilizarse otras diferentes para alcanzar los mismos objetivos.

III. CADENAS DE BLOQUES Y REGISTROS DE DERECHOS

1. Introducción

El principal objetivo de cualquier sistema jurídico, relacionado con los ámbitos inmobiliario y mercantil, es garantizar la seguridad jurídica de las transacciones que se producen en ellos y, en definitiva, servir de medio para alcanzar la seguridad económica y el fomento de la inversión y la riqueza. Por tanto, la seguridad jurídica, la confianza en el tráfico, la defensa de la propiedad, y el fomento del crédito fueron los factores determinantes en el nacimiento de los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

En este sentido, instituciones, como el Banco Mundial, consideran los registros jurídicos de la Propiedad y Mercantiles fundamentales y esenciales para el desarrollo de una economía de mercado que funcione ya que mejoran la seguridad de la propiedad, disminuyen los costes de las transacciones y proporcionan un mecanismo de bajo coste para resolver las eventuales disputas sobre estas materias.

Efectivamente, el aseguramiento de los derechos y expectativas jurídicas a través de un sistema de publicidad registral es básico para el desarrollo económico de un país; dicho sistema se inserta en el principio de seguridad jurídica, sobre la que descansa la confianza en una determinada economía, soporta los flujos financieros de los que depende la inversión y el crecimiento económico e igualmente reduce el riesgo asociado a cualquier operación financiera, lo que se traduce en una disminución de los tipos de interés.

De esta forma, el Registro de la Propiedad publicita las titularidades sobre los inmuebles y las cargas que recaen sobre ellos, constituyendo, así, un catalizador esencial de la actividad económica, pues estimula la inversión, facilita el comercio y abarata el crédito. Al asegurar la propiedad, da a los propietarios confianza para invertir, pues ya no necesitan gastar recursos en proteger la posesión de sus bienes y hacer valer sus derechos. Asimismo, al clarificar quién ostenta los diversos derechos sobre cada propiedad, elimina los costes de transacción que, en forma de asimetrías o desigualdades informativas, aparecen entre las partes a la hora de contratarlos. Por último, al establecer quién es propietario de cada inmueble y qué cargas lo gravan, hace posible que los inmuebles se usen como garantía, lo que elimina el riesgo de insolvencia y abarata el crédito. De este modo, los recursos productivos se mueven fácilmente hacia quienes más los valoran, y pueden agotarse las oportunidades de especialización y desarrollo.

Igualmente, los Registros Mercantiles también desempeñan esta función de facilitadores de la actividad económica en cuanto que permiten la rápida identificación de operadores y patrimonios societarios y, al mismo tiempo, sus asientos protegen al que opera en el tráfico económico, de buena fe y confiando en sus pronunciamientos, reduciendo, así, los costes para hacer efectivos sus derechos.

Por ello, todo lo que contribuya a reforzar e incrementar los efectos del sistema registral redundará en beneficios para el sistema de seguridad jurídica preventiva, y en definitiva para la seguridad económica y para el desarrollo económico y social de los países, sus ciudadanos y empresas.

Indudablemente, en la tarea de maximizar dichos objetivos y, también, en la de acercar los servicios registrales a los ciudadanos, la tecnología es una poderosa herramienta y, de acuerdo con ello, por ejemplo, los registradores españoles, desde hace más de quince años, han venido realizando continuos desarrollos tecnológicos, demostrando así su compromiso y disposición para abordar toda clase de proyectos y servicios que permitan una mejor relación con el registro haciendo un uso efectivo de las nuevas tecnologías, pero sin reducir en modo alguno los objetivos finales de aquel, que no son sino el de proporcionar seguridad al tráfico, favorecer el desarrollo económico y la igualdad social.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que el funcionamiento satisfactorio de una determinada institución depende, en gran medida, de la calidad de su arquitectura institucional y el uso de la tecnología puede ser de una gran utilidad para que un concreto modelo institucional funcione más eficiente y eficazmente. Pero para ello es necesario que el principal objetivo en la utilización de la tecnología sea, no una finalidad en sí misma, sino el eficiente funcionamiento de dicha arquitectura institucional.

Efectivamente, los sistemas registrales que se integran en los diversos diseños institucionales que sirven al principio de seguridad jurídica preventiva, son algo más que simples bases de datos o meros repositorios de información y, en este sentido, debe distinguirse entre la seguridad técnica o informática de la información registral —que desde luego es imprescindible para que aquel principio pueda ser efectivo— y la propia seguridad jurídica que se deriva de los pronunciamientos registrales, como consecuencia de los efectos *erga omnes* que, en los sistemas de registros de derechos, les reconoce el ordenamiento jurídico, y que es distinta de aquella seguridad técnica.

2. Breve idea de los principales tipos de Registros de la Propiedad[45]

En relación con lo anterior, y por lo que respecta a los Registros de la Propiedad, es necesario tener en cuenta los diferentes niveles de efectividad que proporcionan los principales modelos registrales que históricamente se han venido aplicando. Dichos modelos varían, fundamentalmente, en cuanto al modo

y el momento en que se depuran las posibles contradicciones con los derechos de terceros y la legalidad. Desde este punto de vista los dos principales diseños organizativos propuestos han sido los registros de documentos y los registros de derechos[46].

Los registros de documentos acreditativos de las transacciones sobre bienes inmuebles (compraventas e hipotecas, principalmente), que es el sistema que aún se utiliza en Francia e Italia, se limitan a datar y conservar pruebas de las escrituras o contratos en las que eventualmente se basarán los tribunales para adjudicar los derechos en litigio.

Sin embargo, los registros de derechos, como el Registro de la Propiedad español, el Grundbuch alemán o el Land Register inglés, van más allá de la mera publicidad de los documentos potencialmente acreditativos de los contratos, pues acreditan el reconocimiento por el Estado de las titularidades sobre los derechos y los propios derechos. No olvidemos que, en estos sistemas, los contratos no son traslativos, sino que son contratos con finalidad traslativa. Para que esta se produzca efectivamente, es decir, con vinculación *erga omnes,* se requiere la inscripción. Para conseguirlo, los documentos son calificados por el registrador, con el fin de detectar posibles ilegalidades, así como cualquier conflicto que pueda perjudicar otros derechos reales. Como consecuencia de todo ello, la información del Registro está siempre depurada y es capaz de proporcionar titularidades definitivas e irrevocables, en el sentido de que el tercero de buena fe, que adquiera sobre la base de la información suministrada por el Registro, adquiere un derecho real, inatacable.

La superioridad de los registros de derechos, por tanto, es clara en cuanto a la calidad de sus productos: no solo asegura perfectamente la propiedad del titular, sino que reduce de forma drástica el coste de las transacciones futuras. El propietario tiene entonces mejores incentivos para invertir y, cuando transmite su derecho, esa transacción ya no requiere un costoso análisis jurídico de los antecedentes, sino que el Registro certifica con exactitud quién es el propietario. Además, estos beneficios no se refieren solo a las compraventas de inmuebles, sino también al abaratamiento del crédito mediante el uso de los inmuebles como garantía. Efectivamente, se puede concluir que[47]:

— En los países que cuentan con registros de derechos los precios (tipos de interés) de las hipotecas son apreciablemente inferiores, una vez ajustados dichos precios por las diferencias que existen entre países en cuanto a la mezcla de productos, el riesgo de tipo de interés, y el riesgo de insolvencia y prepago, de modo que tales precios ajustados representen precios comparables para el deudor.
— Este menor precio obedece a un menor coste operativo para las entidades financieras, en buena medida causado por el hecho de que la ejecución hipotecaria es notablemente más costosa y lenta en países con registros

de documentos. El registro de derechos facilita la ejecución porque proporciona una información ya depurada sobre cuáles son los derechos vigentes y su prioridad. Entre otros, facilita el cálculo de lo adeudado, establece de forma fidedigna la prioridad de las distintas hipotecas, y evita posibles litigios relacionados con la titularidad, los poderes y la capacidad de los contratantes. En otros términos: hace posible que las causas de oposición estén muy tasadas.

— Adicionalmente, cabe señalar que en los países con registros de derechos tanto el plazo medio de los préstamos hipotecarios como la relación entre la cuantía del préstamo y el valor del inmueble son notablemente superiores a las magnitudes que exhiben estas variables en los países con registros de documentos.

3. Cadenas de bloques y registros de derechos

En los sistemas con registros de derechos, los Registros de la Propiedad y Mercantiles tienen por objeto dar publicidad, eliminando así las asimetrías informativas, a los actos y contratos civiles y mercantiles que acceden a ellos, pero rechazando, y por tanto evitando que gocen de publicidad registral, los actos anulables, ineficaces, incompletos, irregulares o claudicantes. Esta labor se lleva a cabo a través del control de legalidad que los registradores llevan a cabo con independencia y bajo su responsabilidad personal y directa. Con ello se trata de evitar la posible litigiosidad futura sobre los derechos inscritos para lo cual los registradores han de verificar la adecuación a la legalidad del negocio jurídico celebrado, así como su compatibilidad con otros derechos preexistentes.

Este exhaustivo control de legalidad, por medio del cual el registrador ha de decidir si inscribe o rechaza una transacción jurídica, es indispensable, por tanto, para que el Registro pueda producir los efectos de protección de terceros in rem que son propios de los registros de derechos. Si el registrador practica la inscripción, esta pasa a ser reconocida por el Estado y el que en ella aparezca como titular del derecho que recoge, será considerado como titular *erga omnes* con la extensión y límites que resulten de la propia inscripción.

Frente al anterior modelo, que obsérvese que es un modelo exclusivamente institucional sin perjuicio que pueda ser apoyado por una infraestructura tecnológica que, en todo caso, tendrá un carácter meramente instrumental, es necesario analizar si se puede alcanzar un nivel igual o mayor de seguridad jurídica preventiva con un modelo, exclusivamente técnico-informático, basado en la tecnología de las cadenas de bloques.

A su vez, dentro de estos modelos basados en las cadenas de bloques y aplicados al ámbito de los registros deben distinguirse dos versiones:

— La que podría denominarse versión dura que consistiría, básicamente, en una cadena de bloques pública y autogestionada, con el mismo funcionamiento que Bitcoin pero en la que, en lugar de monedas, se almacenarían los contratos inteligentes enviados por los otorgantes, una vez suscritos, y mediante los que se llevaría a cabo la constitución y transmisión de derechos y cargas sobre bienes inmuebles. Esta cadena de bloques se encontraría replicada en los nodos una red Peer-to-Peer a la que se podría acceder libremente, en la que existirían los mismos tipos de nodos que en Bitcoin y en la que los mineros validarían las transacciones mediante búsquedas matemáticas semejantes a las antes descritas y se les retribuiría con algún tipo de moneda virtual.
— Y una versión blanda que consistiría en una cadena de bloques privada que se utilizaría, únicamente, como un mecanismo para proporcionar seguridad de carácter técnico a los asientos registrales, pero manteniendo el modelo institucional propio de los registros de derechos descrito al principio de este epígrafe.

Como veremos, los sistemas basados en la versión dura no solo no aumentan, sino que disminuyen drásticamente el nivel de seguridad jurídica preventiva que proporcionan los registros de derechos; mientras que los basados en la versión blanda no dejan de ser una alternativa técnica más, frente a otras también existentes, para el almacenamiento y securización de la información.

Efectivamente existen determinadas características del protocolo de funcionamiento de las cadenas de bloques, al menos en la versión dura, que son incompatibles con los objetivos que persiguen los sistemas registrales y con el principio de seguridad jurídica al que sirven.

En primer lugar, está la cuestión de la privacidad. Como hemos visto, en un sistema de cadenas de bloques a los usuarios únicamente se les identifica mediante su clave pública, sin que exista ni se almacene ningún otro dato que permita conocer la identidad real de cada uno de ellos.

Sin embargo, esto no es conforme con el funcionamiento de los registros que son, precisamente, un mecanismo de transparencia, de publicidad, que tienen por objeto, entre otros extremos, publicar las titularidades sobre los bienes y sobre los derechos y cargas constituidos sobre ellos, así como eliminar las cargas ocultas que les afecten y, todo ello, con el fin de dar confianza a los operadores económicos, para, de esta forma, facilitar el crédito territorial y, en definitiva, contribuir a la seguridad económica.

Por otro lado, con la identificación de los titulares de los derechos inscritos se facilita su transmisibilidad ya que esta no puede quedar supeditada a que su titular conserve o no su clave privada o a que, por ejemplo, en caso de su fallecimiento, sus herederos tengan o no acceso a la misma.

Además, los Registros también son un potente mecanismo para contribuir a la satisfacción de diversos intereses generales como, por ejemplo, la persecución del delito: corrupción, blanqueo de capitales, etc., lo que exige, igualmente, que sean conocidas las identidades reales de los titulares registrales.

Otra incompatibilidad es la protección de datos personales. Efectivamente, aunque los Registros son un sistema de publicidad y transparencia, ello no quiere decir que toda la información que pueda estar recogida en un asiento registral pueda ser libremente accesible por el público, ya que también es necesario respetar las normas relativas a la protección de datos personales y la intimidad de las personas. Por contra, como se ha explicado, toda la información almacenada en las cadenas de bloques es libremente accesible por cualquier persona, se refiera o no a transacciones por ella realizadas.

En el ámbito europeo esta es una materia especialmente sensible y, así, se ha tratado profusamente en una gran cantidad de normas comunitarias[48] y que en España se contempla tanto en su Constitución[49] (CE), como en leyes y reglamentos, principalmente la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal[50] (LOPD) y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba su Reglamento de desarrollo[51].

Se trata esta de una materia directamente relacionada con derechos fundamentales constitucionalmente protegidos que, al encontrarse recogidos en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de nuestra Constitución, están sometidos a reserva de ley orgánica (art. 81 CE), que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, que vinculan a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE) y, respecto de sus garantías jurisdiccionales, podrá recabarse la tutela de los tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, subsidiariamente, la tutela del Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo (art. 53.2 CE).

El propio Tribunal Constitucional configura este derecho como un derecho independiente pero íntimamente relacionado con el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 10 de la Constitución Española (SSTC 254/1993, de 20 de julio y 290/2000, de 30 de noviembre) y directamente vinculante para los poderes públicos sin necesidad de desarrollo normativo (STC 254/1993) e, igualmente, como un derecho estrechamente vinculado con la libertad ideológica, consagrada en el artículo 16 de la Constitución, pues evidentemente el almacenamiento y la utilización de datos informáticos puede suponer un riesgo para aquella, no solamente por lo que se refiere a «datos sensibles», entre los que se encuentran los de carácter ideológico o religioso sobre los cuales según indica el artículo 16 de la Constitución nadie estará obligado a declarar, sino también por su posible utilización ajena a las finalidades para los que fueron recabados (entre otras, SSTC 11/98, de 13 de enero; 44 y 45/1999, de 22 de marzo), por la inclusión de datos sin conocimiento del afectado (STC 202/1999, de 8 de noviembre) o por efectuarse accesos indebidos (STC 144/1999, de 22 de julio).

En España, además, la protección de los datos personales que puedan constar en los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes Muebles es una tarea que se impone expresamente a los registradores en el artículo 222.6 de la Ley Hipotecaria (LH): «*Los Registradores, al calificar el contenido de los asientos registrales, informarán y velarán por el cumplimiento de las normas aplicables sobre la protección de datos de carácter personal*» y, también, la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas instrucciones (29 de octubre de 1996, 17 de febrero de 1998, y 27 de enero de 1999) y resoluciones (11 de septiembre de 2009, 29 de julio y 3 de diciembre de 2010, 16 de septiembre de 2011, 14 de septiembre, y 12 de diciembre de 2012) ha señalado que el registrador debe calificar que datos debe incluir o excluir en la publicidad registral, teniendo en cuenta la legislación y jurisprudencia sobre protección de datos.

Todo ello hace que el acceso al contenido de los asientos registrales no puede ser directo y libre, sino que el consultante ha de acreditar un interés legítimo (art. 221.1 LH: «*Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos*») y, al emitir publicidad registral, es necesario un previo tratamiento profesional por el registrador (art. 222.2 LH: «*La manifestación, que debe realizar el Registrador, del contenido de los asientos registrales tendrá lugar por nota simple informativa o por certificación, mediante el tratamiento profesional de los mismos…*») y la información que finalmente se proporcione no puede extenderse más allá de lo que sea necesario para satisfacer aquel legítimo interés[52].

Otro punto de fricción entre el funcionamiento de las cadenas de bloques y el de un registro de derechos, es la determinación de la prioridad entre los derechos que acceden a cada uno de dichos sistemas.

En las cadenas de bloques la ordenación de las transacciones no depende del instante en que estas se realizan y envían, sino de un hecho que es totalmente aleatorio y ajeno a las partes intervinientes en ellas, y es la resolución de las búsquedas matemáticas que realizan los mineros para el minado de bloques y la validación de transacciones e, incluso, puede ocurrir que una transacción inicialmente confirmada e integrada en un bloque minado sea «desconfirmada» si se encontraba en un bloque situado en una rama más corta que las otras que pudieran existir en un momento dado en la cadena.

En un registro de derechos, como por ejemplo en España, el momento de la presentación de los documentos en el registro (ya se haga presencial o telemáticamente) determina la prioridad de los derechos a que se refieren, aplicando el correspondiente sellado temporal. De esta forma el titular de uno de dichos derechos, teniendo en cuenta la situación tabular de la finca en el momento de la presentación, puede saber con exactitud el rango hipotecario, con el que se va a inscribir el suyo, frente a otros que se puedan presentar.

Si se aplicase a los registros el protocolo seguido en las cadenas de bloques, ante una presentación sucesiva con relación a una misma finca, los presentantes no podrían conocer con que rango o prioridad se van a inscribir sus derechos, pudiendo ocurrir que el derecho constituido y presentado en último lugar se inscriba con preferencia al presentado en primer lugar, dado que por una mera cuestión aleatoria —el minado de bloques— o monetaria —el último presentante pagó una comisión superior a los demás— se minó antes el bloque en el que se incluyó la última transacción y todavía podría ser peor, si un derecho inicialmente inscrito, posteriormente se «desinscribe» por encontrarse en una rama corta.

Es evidente que esto crea, no seguridad, sino inseguridad jurídica y dificulta el tráfico ya que los operadores económicos, en el momento de suscribir los contratos inscribibles, no podrán tener la completa seguridad de que en dicho instante la situación de los derechos inscritos que figuran en el registro es la definitiva, ni de la prioridad que su derecho, una vez presentado en el registro, tendrá frente a otros que se presenten coetáneamente con él, de tal forma que será posible, por ejemplo, que la ejecución de un derecho constituido y presentado posteriormente a otro, pero inscrito con un rango anterior a este por la aleatoriedad del funcionamiento de la cadena de bloques, provoque la cancelación de este último.

Con todo, el principal problema para que los sistemas que implementen la versión dura de las cadenas de bloques puedan producir los mismos efectos que se derivan de un registro de derechos es la ausencia, en aquellos, de todo control de legalidad y calificación.

La importancia que la contratación inmobiliaria tiene para los mercados, el crédito y la economía de un país hace que dichos contratos se rodeen de especiales cautelas y solemnidades, sobre todo en aquellos países en los que existen registros de derechos, que, como se ha explicado, tratan de eliminar toda litigiosidad futura respecto de los derechos inscritos como medio para dar seguridad y confianza al tráfico.

Estas fueron las razones[53] por las que, en España, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico[54], que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información y, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior, señala en el apartado a del número primero de su artículo 5, que: «*1. Se regirán por su normativa específica las siguientes actividades y servicios de la sociedad de la información: a) Los servicios prestados por notarios y registradores de la propiedad y mercantiles en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas*» mientras que el párrafo segundo de su artículo 23.4 también establece que: «*Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados*

efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica».

Efectivamente, no basta con que las partes suscriban un contrato. Al contrario, es necesario verificar que no concurren ninguno de los supuestos que puedan determinar su nulidad o ineficacia y, así, entre otros extremos, habrá de determinarse, no solo que se ha prestado el consentimiento, que quienes lo han prestado son quienes dicen ser, que lo han hecho libremente, que no se encuentran incapacitados ni tienen sus facultades de disposición limitadas, que en el momento de dicha prestación los otorgantes estaban en pleno uso de sus facultades y, en caso de que se actúe por medio de un representante, que este cuente realmente con dicho poder de representación y que las facultades que se le han delegado son suficientes para llevar a cabo el negocio jurídico a que se refiere el contrato suscrito, etc., sino también que las diferentes circunstancias que conforman dicho negocio se ajustan a la legalidad y no afectan a los derechos preexistentes de terceros. Ninguna de estas cuestiones se resuelve mediante las cadenas de bloques

Se podría decir que lo expuesto en el anterior párrafo se podría solventar, al menos parcialmente, mediante la estandarización de los contratos inscribibles. De esta forma solo serían admisibles, o inscribibles, los derechos contenidos en modelos de contratos preestablecidos, una vez suscritos por las partes.

Ello, no obstante, choca con la libertad de empresa y de contratación, propia de una economía de mercado moderna, y que, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español no solamente se reconoce en la Constitución (art. 38: «*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio…*») y en el propio Código Civil (art. 1.255: «*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*») sino también en la legislación hipotecaria que se establece un sistema de libre constitución de derechos reales y, así, el artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria establece que: «*En los registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: … 2.º. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbre y otros cualesquiera reales*» y en el artículo 7 de su reglamento que: «*Conforme al artículo 2.º de la Ley no solo deberán inscribirse los títulos en que se declare, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier otro pacto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales*».

No parecería lógico, por tanto, optar por una concreta solución técnica que suponga o que obligue a reducir las libertades de las que disfrutan los ciudadanos y que el ordenamiento jurídico les reconoce, sobre todo cuando existen otras opciones que permiten preservarlas. Parecería con ello, que la tecnología constituiría el elemento esencial, y no accesorio o instrumental, lo que conduciría, finalmente, a que solamente se pudiesen establecer aquellas relaciones contractuales que fuesen posibles técnicamente y en el modo y forma que la tecnología determinase, lo cual es inaceptable.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que a los registros acceden, no solamente contratos, sino también resoluciones judiciales o administrativas que pueden suponer la modalización de los derechos inscritos, su cancelación, la inscripción de nuevos bienes o derechos, el establecimiento de limitaciones a su transmisibilidad, etc., sin que sea factible, por ejemplo, limitar la independencia de los órganos judiciales en cuanto al contenido de sus decisiones, preestableciendo dichos contenidos.

En otro orden de cosas, debe tenerse en cuenta que el registrador no solamente lleva a cabo un juicio independiente de control de adecuación a la legalidad y de respeto a los derechos de terceros —actuando como una especie de defensor de los ausentes— sino que también actúa en defensa de los otorgantes mediante la aplicación de la legislación de protección de consumidores y usuarios.

Piénsese que, en la versión dura de contratación inmobiliaria con cadena de bloques, en que los contratos, una vez celebrados, se remiten a la cadena para su «inscripción», casi todos los contratos acabarían siendo contratos de adhesión en los que las partes no predisponentes, en ausencia del control de legalidad que realiza el registrador, podrían verse perjudicadas.

Para evitar esto, en el ordenamiento español, el artículo 258.2 LH señala que: «*El Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*». También el Real Decreto Legislativo 1/2007[55], de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, señala en su artículo 84 los Registradores no inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Los usuarios de las cadenas de bloques, además, podrían verse todavía más perjudicados por la ausencia de asesoramiento legal, personal y directo que el sistema no les prestaría, por lo que tendrían que recurrir al consejo legal externo, satisfaciendo el coste correspondiente. Por el contrario, los registradores hemos de prestar este asesoramiento y, además, de forma gratuita. Así, una vez más en España, el artículo 222.7 de la Ley Hipotecaria establece que: «*Los Registradores en el ejercicio profesional de su función pública deberán informar a cualquier persona que lo solicite en materias relacionadas con el Registro.*

La información versará sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes la soliciten» y, también, su artículo 258.1 señala que: «*El Registrador, sin perjuicio de los servicios prestados a los consumidores por los centros de información creados por su colegio profesional, garantizará a cualquier persona interesada la información que le sea requerida, durante el horario habilitado al efecto, en orden a la inscripción de derechos sobre bienes inmuebles, los requisitos registrales, los recursos contra la calificación y la minuta de inscripción*».

Podría defenderse que algunos de los anteriores inconvenientes desaparecen optando por la versión blanda de la cadena de bloques, es decir, estableciendo un sistema de cadena de bloques privada con calificación registral anterior a la introducción de la información en la cadena. Efectivamente ello es así, pero también supone que se perderían algunas de sus principales características configuradoras como la eliminación de la privacidad, las búsquedas matemáticas para la ordenación de las transacciones, etc. asemejándose así, cada vez más, a otras opciones técnicas que prestan las mismas garantías como, por ejemplo, las utilizadas en el modelo español, que se describen en el epígrafe siguiente, y en el que se utilizan técnicas de firma electrónica de documentos y asientos, con sellado temporal electrónico y replicación de datos en cluster.

4. Actualidad de los Registros en España

Como se decía anteriormente, la consecución eficaz y eficiente de los objetivos que persiguen los registros jurídicos, como los de la propiedad y mercantiles, no pueden alcanzarse con soluciones exclusivamente tecnológicas, sino que, al contrario, solo una adecuada organización jurídica e institucional, apoyada por los medios técnicos más ajustados a cada situación, permiten obtenerlos.

En España, desde el punto de vista jurídico, como se ha expuesto, el Registro de la Propiedad se configura como un registro de derechos con las características ya vistas y, desde el punto de vista organizativo, al frente de cada oficina registral se encuentra un registrador, al que se le retribuye mediante el saldo neto obtenido después de afrontar todos los gastos de la oficina (inversión, personal, etc.) con los aranceles satisfechos por los usuarios del sistema, y que asume tanto el riesgo jurídico como económico de la actividad de su Registro.

Se siguen así, las recomendaciones de diversos organismos internacionales, como Naciones Unidas, que recomiendan que los sistemas registrales se autofinancien y que, por tanto, el coste del servicio sea pagado por los usuarios[56]. De igual modo, la Dirección General del Mercado Interior de la Comisión Europea recomienda que los funcionarios encargados de los registros sean directamente responsables por sus errores[57], lo que no parece viable sin alguna modalidad de arancel.

Esta arquitectura organizativa se adapta, igualmente, a las exigencias de la moderna gestión pública, también, con las recomendaciones de buena praxis de organizaciones como la OCDE[58] y garantiza la concurrencia de tres características esenciales en todo modelo registral eficaz:

— Elevada productividad y costes reducidos, ya que tanto el registrador como los empleados, que también tienen cierta participación en los beneficios, son los primeros interesados en que los asuntos se despachen rápidamente y los costes sean lo más ajustados posible.
— Sirve para atraer profesionales altamente cualificados, al proporcionar confianza para que invertir en la propia formación, tanto antes de entrar en la profesión como durante su ejercicio.
— Y garantiza la calidad jurídica de los productos registrales al responsabilizar personalmente al registrador por sus decisiones.

Y, desde el punto de vista tecnológico, los registradores españoles hemos venido realizando continuos desarrollos tecnológicos dirigidos a la mejora y modernización del Registro y para su adaptación a los cambios sociales, económicos y tecnológicos, pero todo ello sin menoscabo de los principios y fines esenciales de la seguridad jurídica, el desarrollo económico y la igualdad social a los que debe responder.

Estos desarrollos comenzaron, a iniciativa de los propios registradores, en la década de los años 1990, con las primeras aplicaciones de gestión registral, para, más tarde, imponerse por medio de disposiciones legales. Así, en el año 2001[59] se establecieron diversas obligaciones de carácter tecnológico a cargo de los registradores, entre las que destacaban la de trasladar el contenido de los asientos de los libros de todos los Registros de la Propiedad y Mercantiles de España a soporte informático, la de dotarse de una red segura y privada de comunicaciones que interconectase todos los registros del estado entre sí y estos con los sistemas corporativos del Colegio de Registradores y, también, imponía a cada registrador la utilización de certificados reconocidos —hoy cualificados— de firma electrónica para la firma de documentos electrónicos (con técnicas de criptografía asimétrica semejantes a las vistas para el caso de Bitcoin) con sellado temporal mediante la señal horaria oficial y también obligaba al Colegio de Registradores a constituirse en prestador de servicios de certificación.

Estos y otros desarrollos normativos y tecnológicos posteriores, permiten que, en España, hoy en día y desde hace más de 15 años, la totalidad del procedimiento registral se pueda tramitar de forma electrónica, tanto por lo que se refiere a sus aspectos internos —es decir, los relacionados con el despacho de documentos en la oficina registral—, como a los externos —los concernientes a los usuarios de los servicios registrales—.

Así por ejemplo, y en cuanto a los aspectos internos, es posible recibir telemáticamente, en cualquier Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles, todo tipo de documentos electrónicos notariales, judiciales, administrativos o privados firmados electrónicamente; también se pueden remitir por la misma vía la notificación de la práctica de los correspondientes asientos de presentación, notas de calificación, notas de despacho, notas simples, certificaciones, minutas, etc., todo ello con la firma electrónica del registrador y, finalmente, elaborar y firmar electrónicamente los asientos registrales a que den lugar los documentos presentados, así como las representaciones georreferenciadas de las fincas.

Por lo que respecta a los aspectos externos del procedimiento registral, y complementariamente a lo señalado en el párrafo anterior, los usuarios del Registro pueden presentar telemáticamente cualquier clase de documento, consultar su estado de tramitación y recibir la resolución del expediente (nota de calificación o de despacho), así como solicitar y recibir telemáticamente, desde cualquier punto del planeta, alertas, notas simples o certificaciones electrónicas.

La eficacia y eficiencia, resultantes de la combinación de los anteriores factores jurídicos, organizativos y tecnológicos, quedan de relieve al comparar la productividad de nuestros Registros de la Propiedad y Mercantiles, tanto con registros extranjeros como con aquellos otros registros españoles que están organizados sobre bases diferentes.

Por un lado, nuestro nivel de seguridad jurídica es de los más altos del mundo, a juicio de los principales operadores internacionales. Efectivamente, en opinión del Banco Mundial, nuestros registros logran esta máxima seguridad a unos costes reducidos y en unos tiempos de procesamiento muy cortos[60]. En el mismo sentido, el índice «Registering Property» del IPRI 2016 (International Property Rights Index), que mide la facilidad para registrar una propiedad en términos de número de días y procedimientos necesarios, ha puntuado a los registros españoles con 9,6 puntos[61], de los 10 posibles.

Ello hace posible, por ejemplo, que en España los tiempos para formalizar y eventualmente ejecutar los préstamos hipotecarios sean muy cortos, lo que redunda en menores costes para el prestatario. Coinciden en esta apreciación de forma rotunda los principales usuarios del sistema registral español, como resulta del informe final del grupo de trabajo creado por la Comisión Europea en 2003 para el análisis del mercado hipotecario europeo[62] y que valora muy positivamente el funcionamiento de nuestros registros[63].

Coincide también el informe sobre el Conveyancing Services Market, elaborado para la Comisión Europea por el Centre of European Law and Politics de la Universidad de Bremen[64] y, más recientemente, la Federación Hipotecaria Europea, que situaba a España como uno de los dos países europeos cuyas operaciones inmobiliarias disfrutaban costes de transacción de naturaleza jurídica más bajos[65].

CONCLUSIONES

I. La aplicación directa y sin modificaciones de la tecnología de las cadenas de bloques, conforme al esquema en que esta opera en el ámbito de Bitcoin, a un sistema registral de derechos, como el español, supondría no solo la lesión de derechos fundamentales de los ciudadanos, así como de su libertad de empresa y contratación o la independencia de los órganos judiciales sino que también iría en contra de importantes principios hipotecarios, consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, como el de prioridad, la libre constitución de derechos reales, el asesoramiento gratuito por el registrador, etc. y también se vería perjudicada la propia seguridad jurídica preventiva, y por tanto la seguridad económica y el desarrollo económico y social del país, al no existir ningún tipo de control de legalidad o calificación registral.

II. No es admisible sacrificar todo lo anterior simplemente porque se quiera implantar una determinada solución tecnológica como las cadenas de bloques, sobre todo cuando existen otras opciones que permiten preservar los derechos y libertades de los ciudadanos. En este sentido debe recordarse el carácter accesorio, instrumental, no esencial, de la tecnología y, por ello, es esta la que debe adaptarse a las normas y procedimientos del ordenamiento jurídico y no a la inversa.

III. Sería, por tanto, necesario introducir importantes modificaciones en el protocolo de las cadenas de bloques para evitar los perjuicios indicados que, no obstante, lo desnaturalizarían, reduciéndolo a un mero sistema de archivo digital que se asemejaría a otras opciones técnicas existentes en el mercado, ya probadas y que pueden ofrecer las mismas garantías.

BIBLIOGRAFÍA

ANTONOPOULOS A., *Mastering Bitcoin: Unlocking Digital Cryptocurrencies*, California (EEUU), O'Reilly. 2014.

ARRUÑADA, B., Property Enforcement as Organized Consent, *Journal of Law, Economics, and Organization,* volumen 19, número 2, 2003.

— Institutional Support of the Firm: A Theory of Business Registries, *The Journal of Legal Analysis,* volumen 2, número 2, 2010.

BECKER, G., *Merkle Signature Schemes, Merkle Trees and Their Cryptanalysis*, Ruhr-Universität Bochum, 2008.

BONNEAU, J., CLARK, J., FELTEN, E. W., GOLDFEDER, S., MILLER, A. Y NARAYANAN, A., *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies*, New Jersey (EEUU), Princeton University Press, 2016.

CASEY, M.J. y VIGNA, P., *The Age of Cryptocurrency*, Nueva York (EEUU), St. Martin's Press. 2015.

DÍAZ FRAILE, J.M., Comentarios a la Directiva y al Proyecto de Ley español de comercio electrónico de 2000. Contenido y proceso de elaboración, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año LXXVII; número 663; enero-febrero de 2001.

GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho inmobiliario registral e hipotecario*, Madrid: Civitas, 1988.
MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., *Fundamentación Económica del Derecho de Propiedad*, Madrid, Civitas, 2011.
ROSENFELD, M., *Analysis of hashrate-based double-spending*, disponible en: https://arxiv.org/pdf/1402.2009v1, 2014.
MERKLE, R., *Secrecy, authentication and public key systems. A certified digital signature*, Stanford University, 1979.
NAKAMOTO, S., *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, disponible en: http://www.metzdowd.com/pipermail/cryptography/2008-October/014810.html, 2008.
POPPER, N., *Digital Gold*. Nueva York (EEUU), Harper Collins, 2015.
RON, D. Y SHAMIR, A., *Quantitative Analysis of the Full Bitcoin Transaction Graph*, disponible en: http://eprint.iacr.org/2012/584.pdf, 2012.
SWAN, M., *Blockchain: Blueprint for a New Economy*. California (EEUU), O'Reilly. 2015.
TAPSCOTT, A. y TAPSCOTT, D., *Blockchain Revolution*, Nueva York (EEUU), Portfolio Penguin, 2016.

NOTAS:

[1] Mucho se ha especulado sobre la verdadera identidad o identidades que se esconden bajo el seudónimo de SATOSHI NAKAMOTO. En mayo de este año se produjo uno de los anuncios más prometedores sobre este asunto cuando el informático australiano CRAIG WRIGHT, tras diversas filtraciones previas por parte de terceros, aseguró ser dicha persona presentando una serie de pruebas de su autoría, que sin embargo fueron cuestionadas por algunos expertos. Craig WRIGHT prometió, entonces, difundir la prueba definitiva, que consistiría en transferir bitcoins de uno de los bloques de transacción iniciales, algo que supuestamente solo podría hacer el verdadero fundador mediante su clave privada. Finalmente, sin embargo, acabaría retractándose, alegando el acoso mediático y policial al que, a su juicio, se le estaba sometiendo, lo que mantiene vigente el interrogante sobre la autoría del sistema Bitcoin.

[2] Véase: Satoshi NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, (octubre de 2008). http://www.metzdowd.com/pipermail/cryptography/2008-October/014810.html

[3] Véase: https://bitcoin.org/bitcoin.pdf

[4] En el resto de este documento, cuando el término bitcoin aparezca como: Bitcoin, con la inicial en mayúscula, se estará haciendo referencia a la red o sistema Bitcoin y, a la moneda en caso contrario, al igual que cuando se utilicen las siglas BTC.

[5] 25 de febrero de 2017.

[6] Véase: https://blockchain.info/es/charts

[7] Véase: https://www.bitstamp.net

[8] Véase: https://www.coinbase.com

[9] Véase: https://www.kraken.com

[10] Véase: https://www.bitfinex.com

[11] Véase: https://btc-e.com

[12] Véase: https://localbitcoins.com

[13] Véase: https://www.okcoin.com

[14] Véase: https://litecoin.org

[15] Véase: https://ripple.com

[16] Véase: http://primecoin.io

[17] Véase: http://dogecoin.com

[18] Véase: https://z.cash

[19] En la siguiente página se puede encontrar una relación de las distintas posibilidades: https://es.bitcoin.it/wiki/Software.

[20] Véase: https://bitcoin.org/es/descargar

[21] Véase: https://multibit.org

[22] Véase: https://electrum.org

[23] El número de direcciones posibles es de: $1{,}46 \cdot 10^{48}$.

[24] Véase: Dorit RON and Adi SHAMIR, *Quantitative Analysis of the Full Bitcoin Transaction Graph,* (octubre de 2012). http://eprint.iacr.org/2012/584.pdf

[25] Véase: https://z.cash/

[26] Véase: http://ec.europa.eu/justice/criminal/document/files/aml-directive_en.pdf

[27] Véase: https://www.boe.es/buscar/pdf/1946/BOE-A-1946-2453-consolidado.pdf

[28] Todos los bloques, por tanto, hacen referencia al bloque anterior salvo, obviamente, el primer bloque de la cadena. Como curiosidad, dicho primer bloque fue minado el 4 de enero de 2009 y su hash o identificador es: 000000000019d6689c085ae165831e934ff763ae46a-2a6c172b3f1b60a8ce26f.

[29] Este hash en particular se calcula por medio de la técnica de los árboles de Merkle:

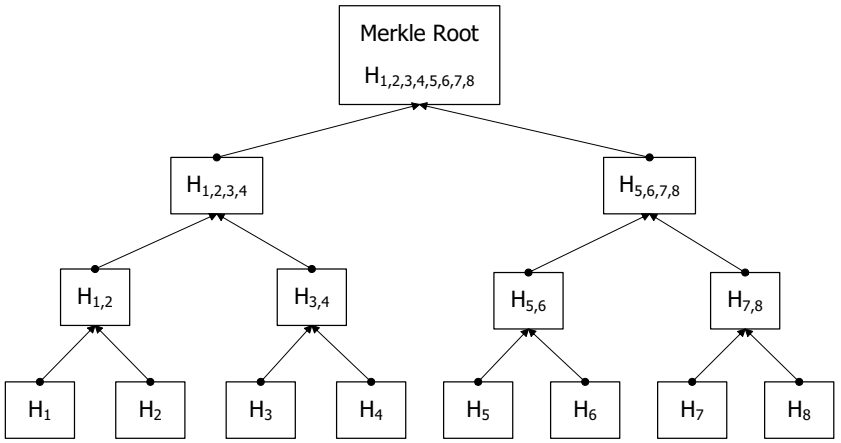
— RALPH MERKLE. *Secrecy, authentication and public key systems. A certified digital signature*. Stanford University, 1979.

— GEORG BECKER. *Merkle Signature Schemes, Merkle Trees and Their Cryptanalysis*. Ruhr-Universität Bochum, 2008.

[30] En realidad, el hash de cada bloque es el hash de la cabecera de dicho bloque que es un campo en el que, entre otros datos, se almacenan el hash del bloque previo, el *nonce* y el llamado *merkle root*. Este *merkle root* no es más que un nuevo código hash que se calcula a partir de los hashes de las transacciones incluidas en el propio bloque mediante el algoritmo de Merkle.

Considerando, por ejemplo, un conjunto de 8 transacciones, en la siguiente figura se muestra el árbol de Merkle para el cálculo del *mekle root* de dicho conjunto. Como se puede ver en ella, las transacciones se agrupan por pares y se calcula un nuevo hash (el algoritmo criptográfico que Bitcoin utiliza para esta operación es el double-SHA-256) a partir de los hashes de cada par, dando lugar a los hashes: H1,2, H3,4, H5,6 y H7,8, a su vez estos nuevos hashes también se agrupan por pares y se calculan otros nuevos a partir de ellos, obteniendo los identificados como: H1,2,3,4 y H5,6,7,8 y, finalmente, el proceso se vuelve a repetir para obtener el *merkle root* del conjunto.

Árbol de Merkle



Este algoritmo permite obtener una huella digital que resume todas las transacciones comprendidas en un bloque y que, a su vez, facilita la comprobación de si una concreta

transacción se encuentra incluida en un bloque, ya que el número máximo de operaciones de hash necesarias para llevar a cabo dicha comprobación con esta estructura, dado un conjunto de N transacciones a 2*log2(N).

[31] Véase: Meni ROSENFELD, *Analysis of hashrate-based double-spending*, (última versión: febrero de 2014). https://arxiv.org/pdf/1402.2009v1.

[32] En realidad, esto es más frecuente de lo que en principio pudiera creerse. Así, por ejemplo, durante los primeros meses de 2014 la empresa de minado Ghash.IO (https://ghash.io) estuvo muy cerca de llegar al 50%; en la actualidad, diversos grupos de mineros (AntPool, F2Pool y BitFury, etc.) superan, cada uno de ellos y de forma sostenida, el 10% de la capacidad de cálculo total y también ha habido grupos, como BTC Guild (hoy ya extinguido), que han sido capaces de resolver ramas de hasta 6 bloques consecutivos.

[33] En la dirección: https://blockchain.info/es/charts/avg-block-size?daysAverageString=7&timespan=all se puede ver el tamaño medio de bloque a lo largo del tiempo.

[34] En: https://blockchain.info/es/charts/n-transactions-per-block?timespan=all se puede obtener el número medio de transacciones por bloque.

[35] Véase: *Visa, Inc. at a Glance*. Visa Inc. Junio de 2015.

[36] Algunas de las principales propuestas en esta materia han sido las siguientes:

— BIP 100: Publicada por uno de los desarrolladores principales de Bitcoin: Jeff Garzik en junio de 2015. Consiste en que el tamaño de los bloques no sea fijo, sino que, cada 12000 bloques (unos tres meses), el tamaño del bloque se decidirá por votación entre los mineros, con un límite máximo de 32 MB. Una variante de esta propuesta es la conocida como Bitcoin Unlimited.

— BIP 101: Publicada por Gavin ANDRESEN, también en junio de 2015, y propone la ampliación del tamaño de bloque a 8 MB, ampliándose sucesivamente cada dos años, hasta alcanzar los 8192 MB, y conforme aumenta la capacidad de los procesadores —de acuerdo con la Ley de Moore—, la capacidad de almacenamiento y el ancho de banda de las redes de comunicaciones. Más tarde, Gavin ANDRESEN junto con Mike HEARN, crearían una variante de esta propuesta, llamada Bitcoin XT.

— BIP 102: de Jeff Garzik, se trataba de una propuesta de emergencia, como modo de ganar tiempo en caso de que no se llegase a un consenso. No obstante, y dado que solo era una propuesta de emergencia, no contenía una estrategia a medio y largo plazo sobre el tamaño de bloque. Consistía en ampliar a 2 MB el tamaño de bloque a partir del 11 de noviembre de 2015.

— BIP 103: Propuesta por Pieter WULLIE (Blockstream) en agosto de 2015 y consiste en incrementar el tamaño máximo de bloque un 17,7% cada año, desde enero de 2017, hasta alcanzar los 2 GB en 2063.

— BIP 109: Otra propuesta de Gavin ANDRESEN que consiste, también, en aumentar el tamaño de bloque a 2 MB y que, junto con otras medidas adicionales, posteriormente cristalizaría en la propuesta conocida como Bitcoin Classic.

— BIP 141: También conocida por Segregated Witnes o SegWit y propuesta Pieter WUILLE. Básicamente consiste en trasladar los datos de firma de las transacciones a una estructura de datos paralela, con lo que el tamaño ocupado por cada transacción en los bloques se reduce y podrían incluirse más en cada uno de ellos.

— Propuesta de los bloques extendidos de Adam BACK (Blockstream) en la que se mantendrían los bloques de 1 MB, pero los mineros que quisieran utilizar tamaños mayores (10 MB) podrían hacerlo. Esta propuesta supondría la creación de dos cadenas de bloques diferentes sobre el mismo protocolo Bitcoin.

— Propuesta de Sergio LERNER, que consiste en mantener el límite máximo de 1 MB, pero acelerar el minado de bloques de tal forma que se pasaría de los 10 minutos por bloque actuales a los 5 minutos por bloque.

[37] Véase: https://www.reddit.com/r/btc/comments/42nx74/unmasking_the_blockstream_business_plan; http://xtnodes.com/announcement.php; https://bitco.in/forum/threads/gold-collapsing-bitcoin-up.16/page-59#post-2245; etc.

[38] Véase: https://blockstream.com/technology/#sidechains

[39] Véase: https://blog.plan99.net/the-resolution-of-the-bitcoin-experiment-dabb30201f7#.ewfepr21j

[40] Por tanto, bitcoin es una moneda con un suministro progresivo, controlado y limitado (hasta que se alcance la cantidad de 21 millones de monedas). Durante los primeros años de vida de Bitcoin, de 2009 a 2012, la recompensa por el minado de cada bloque era de 50 bitcoins. El 28 de noviembre 2012 se minó el bloque número 210.000 y la recompensa pasó a ser de 25 bitcoins; posteriormente, el pasado 9 de julio, se minó el bloque número 420.000 y, nuevamente, la recompensa por bloque minado se redujo a la mitad, es decir, a una cuantía de 12,5 bitcoins y, aproximadamente, dentro de otros 4 años, en 2020, se reducirá a 6,25 bitcoins. Con esta sucesión se estima que en el año 2140 se generará el último bitcoin.

En la dirección: http://www.bitcoinblockhalf.com se puede consultar la cuenta atrás hasta la próxima reducción en la recompensa de los mineros.

[41] Véase: https://www.bitcoinmining.com/bitcoin-mining-hardware.

[42] Por ejemplo: Eobot: https://www.eobot.com; Genesis Mining: https://www.genesis-mining.com; Ghash.IO: https://ghash.io; HashFlare: https://hashflare.io; HashNest: https://www.hashnest.com; MineOnCloud: https://mineoncloud.com; MinerGate: https://en.minergate.com; Minex: https://minex.io; NiceHash: https://www.nicehash.com; etc.

[43] En la dirección: https://blockchain.info/es/pools?timespan=4days se pueden consultar estos datos para las últimas 24 o 48 horas o para los últimos 4 días.

[44] Véase: Vitalik BUTERIN. *On the comparative advantages of public and private blockchains*. Agosto de 2015. https://blog.ethereum.org/2015/08/07/on-public-and-private-blockchains.

[45] Véase: Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ. *Informe sobre el rationale y el grado de eficiencia de la organización del sistema registral inmobiliario y mercantil español*. Febrero de 2014.

[46] Para un análisis con mayor profundidad sobre esta materia, véanse: Benito ARRUÑADA. *Property Enforcement as Organized Consent*. Journal of Law, Economics, and Organization, volumen 19, número 2, 2003, 401-444; y, respecto de los registros mercantiles: Benito ARRUÑADA. *Institutional Support of the Firm: A Theory of Business Registries*. The Journal of Legal Analysis, volumen 2, número 2, 2010, 525-576.

[47] Véase: *United Nations Economic Commission for Europe, Study on Key Aspects of Land Registration and Cadastral Legislation*, HMLR, Londres, 2000.

[48] Véanse, por ejemplo: la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000; el Tratado de Lisboa, 13 de diciembre de 2007; el Reglamento CE n.º 45/2001 del Parlamento y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000; el Reglamento CE n.º 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre de 2000; el Reglamento UE n.º 611/2013 de la Comisión, de 24 de junio de 2013; el Reglamento UE 2016/679 del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016; la Directiva 2002/58/CE del Parlamento y del consejo, de 12 de julio de 2002; la Directiva 2006/24/CE del Parlamento y del Consejo, de 15 de marzo de 2006; la Directiva UE 2016/680 del Parlamento y del consejo, de 27 de abril de 2016; etc.

[49] Véase: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229.

[50] Véase: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-23750.

[51] Véase: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-979.

[52] Algunos de los principios que se extraen de las normas y jurisprudencia en España sobre protección de datos y en relación con los Registros, son los siguientes:

— El registrador está obligado al tratamiento profesional de la publicidad formal, para poder excluir la manifestación de los datos carentes de trascendencia jurídica (art. 4 LOPD 15/1999).

— Tan solo se pueden recoger aquellos datos que sean adecuados, pertinentes y no excesivos conforme a las finalidades para las que se hayan obtenido (art. 4 LOPD 15/1999).

— Los datos no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para las que hubieran sido recogidos (art. 4 LOPD 15/1999).

— La publicidad formal ha de expresar fielmente los datos contenidos en los asientos registrales, pero sin extenderse a más de lo que sea necesario para satisfacer el legítimo interés del solicitante.

— La solicitud de información sobre datos personales sin relevancia patrimonial se realizará con expresión del interés perseguido, que ha de ser conforme con la finalidad del Registro, quedando bajo la responsabilidad del registrador la atención de las consultas relativas a la

publicidad de datos personales. En todo caso, los datos carentes de trascendencia jurídica solo pueden ser cedidos o accedidos con el consentimiento de su titular.

En este sentido debe tenerse en cuenta que por «datos personales» no debe entenderse solamente los datos íntimos de la persona, sino cualquier tipo de dato, sea íntimo o no, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales (art. 3 LOPD 15/1999).

Entre ellos están los que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias pueda constituir una amenaza para el individuo (art. 7 LOPD 15/1999).

[53] Véase: Juan María DÍAZ FRAILE. Comentarios a la Directiva y al Proyecto de Ley español de comercio electrónico de 2000. Contenido y proceso de elaboración. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año LXXVII; número 663; enero-febrero de 2001.

[54] Véase: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758.

[55] Véase: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555.

[56] Véanse, por ejemplo, los siguientes informes de la Comisión de las Naciones Unidas para Europa (UN-ECE): *Land Administration Guidelines with Special Reference to Countries in Transition, United Nations*, Nueva York y Ginebra, 1996 y *Social and Economic Benefits of Good Land Administration*, Ginebra, 1998.

[57] Véase: *European Commission, The Integration of the EU Mortgagee Credit Markets, Report by the Forum Group on Mortgagee Credit*, Internal Market Directorate General, Bruselas, 2004.

[58] Entre otros, los informes de la OCDE: *Flexible Personnel Management in the Public Service, Public Management Studies*, París, 1990; *Pay Flexibility in the Public Service*, París, 1993; y *Private Pay for Public Work: Performance-Related Pay for Public Sector Managers*, París, 1993.

[59] Véanse los artículos 106 y siguientes, las disposiciones adicionales 26.ª y 28.ª y las disposiciones transitorias 19.ª y siguientes de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificada posteriormente por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2001-24965.

[60] Véanse, sobre esta materia, los informes Doing Business del Banco Mundial: *World Bank, Doing Business: Measuring Business Regulations*, World Bank, Washington DC, 2004-2014 (http://www.doingbusiness.org).

[61] Veáse: http://internationalpropertyrightsindex.org/country?c=SPAIN.

[62] Véase: *European Commission, The Integration of the EU Mortgagee Credit Markets*, *op. cit.*, n. 15.

[63] «*España es uno de los países más eficientes en términos de costes de operación (costes de distribución, establecimiento y servicio) como % del saldo vivo (un 0,38%), solo superado por Dinamarca (un 0,35%). En el cálculo de estos influyen factores estructurales, como por ejemplo, el tamaño del crédito, la regulación del cobro, o el tiempo requerido para el registro. La eficiencia de la garantía es un factor determinante en los costes, y en último lugar en el precio. En países como Dinamarca, Holanda o España, con un sistema de garantía hipotecaria sólido, el tiempo medio de formalización del préstamo hipotecario y la duración media de la ejecución son sin duda alguna, unos de los más rápidos de toda Europa, lo que se traduce en menores costes para las entidades, que son trasladados a los precios que soporta el prestatario*» (European Commission, The Integration of the EU Mortgagee Credit Markets, *op. cit.*, n. 15; traducción de la Asociación Hipotecaria Española, «Informe sobre los mercados hipotecarios en Europa», Madrid, 15 de diciembre de 2004, 15).

[64] Véase: COMP/2006/D3/003, Bruselas, 2007.

[65] Véase: *European Mortgage Federation, Study on the Cost of Housing in Europe*, Bruselas, 2010, mayo, figura 2, 9.

(Trabajo recibido el 31-10-2017 y aceptado para su publicación el 8-11-2017)

¿Son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario?*

Are the contractual terms that oblige the consumer to pay the Notary and Land Registry fees in case of entering into a mortgage loan contract considered abusive?

por

M.ª LUISA MORENO-TORRES HERRERA
Catedrática de Derecho civil

RESUMEN: Tomando como punto de partida el Derecho positivo, —en particular las disposiciones legales sobre el pago de los aranceles notariales y registrales, así como la normativa sobre transparencia bancaria—, y tras un completo análisis de la jurisprudencia sobre el tema, se defiende que en el ordenamiento jurídico español no son abusivas las cláusulas que en los contratos de préstamo

* Este trabajo se ha realizado en el ámbito del Proyecto I+D del Subprograma estatal de generación del conocimiento, como proyecto de excelencia, titulado «El desarrollo práctico de la tutela legal de los deudores hipotecarios» (DER2013-48813-C2-2-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

hipotecario hacen recaer en su totalidad sobre el consumidor los gastos notariales de otorgamiento de la escritura de préstamo y los de su inscripción en el Registro de la Propiedad, aun cuando se trate de cláusulas no negociadas individualmente. Tales estipulaciones no son intrínsecamente abusivas, ni tampoco abusivas por falta de transparencia. Distinto es que no superen el control de incorporación de los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y del artículo 80.1 a) del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, lo que ocurrirá en aquellos casos en los que esta previsión se incluya en una estipulación sobre gastos que por su amplitud y generalidad deba ser considerada ambigua o no concreta. Además, tratándose de préstamos celebrados con posterioridad al 13 de junio de 2014, el consumidor podrá, en su caso, reclamar el reembolso de los gastos notariales y registrales pagados al prestamista, al amparo de lo dispuesto en el artículo 60 bis del citado Texto Refundido.

ABSTRACT: This paper studies a contractual term that imposes the payment of the Notary and Land Registry fees to the consumer or borrower in case of contracting a mortgage loan. This is a typical baking sector «take it or leave it» clause, that therefore, cannot be negotiated. This research aims to identify if this type of clause should be considered abusive or unfair. For this purpose, we have studied not only the substantive law applicable, especially, notary fees and banking transparency regulations, but also the most recent Spanish case law. Our conclusion is that this type of contractual terms is neither intrinsically abusive, or non-transparent. However, it is possible that in certain circumstances, if the term contains ambiguous wording, lacks specificity or is too general, it could not override the incorporation control provided by Articles 5 and 7 of the Ley de Condiciones Generales de Contratación (General Contracting Terms Act) and the article 80.1 a) Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (Consolidated Drafting of the General Law on the Defence of Cosnumers and Users, TRLCU). Finally, if the loan contract would have been concluded after 13 of June of 2014, the consumer could claim for reimbursement of the Notary and Land Registry fees paid to a lender when getting a mortgage, as established by article 60 TRLCU.

PALABRAS CLAVE: Préstamo hipotecario. Gastos notariales. Gastos registrales. Consumidores. Transparencia bancaria. Condiciones generales de la contratación. Cláusulas abusivas. Control de inclusión. Control de contenido. Control de transparencia.

KEY WORDS: Mortgage loan. Notary fees. Land Registry fees. Consumers. Banking transparency. General terms and conditions of contracts. Abusive clauses incorporation control. Content control. Transparency control.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CUESTIONES PREVIAS: 1. LAS DISPOSICIONES LEGALES SOBRE EL PAGO DE LOS ARANCELES NOTARIALES Y REGISTRALES: *A) Aranceles notariales:* a) Normas reguladoras de la relación contractual. b) Legislación notarial. *B) Aranceles registrales*. 2. LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL SOBRE LOS GASTOS DE OTORGAMIENTO E INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. 3. RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SOBRE LA VALIDEZ DE CLÁUSULAS QUE, ENTRE OTROS, IMPONEN AL PRESTATARIO EL PAGO DE LOS GASTOS NOTARIALES Y REGISTRALES: *A) Antecedentes. B) Tribunal Supremo. C) Audiencias provinciales. D) Juzgados de Primera Instancia.*—III. ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA QUE ATRIBUYE AL PRESTATARIO EL PAGO DE LOS GASTOS NOTARIALES Y REGISTRALES: 1. CONTROL DE CONTENIDO. 2. CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL. 3. CONTROL DE INCORPORACIÓN.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Entre los diversos gastos que originan los préstamos hipotecarios se encuentran los aranceles notariales ocasionados por el otorgamiento de la escritura pública y los aranceles derivados de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Ambos son necesarios para el nacimiento del derecho real de hipoteca, dado el carácter constitutivo de la inscripción registral (art. 1875 del Código Civil y art. 2.2 LH). En la práctica es lo habitual que en el contrato se establezca que estos gastos son a cargo del prestatario. También es frecuente que el prestatario efectúe una provisión de fondos a favor de la entidad financiera, antes incluso de la formalización del préstamo, asumiendo esta las distintas gestiones que conlleva el otorgamiento de la escritura y la inscripción registral, entre ellas el abono de sus honorarios al notario y al registrador.

La estipulación que atribuye al prestatario el pago de los aranceles notariales y registrales del préstamo hipotecario no había generado apenas conflictividad, hasta hace muy poco. Sin embargo, desde que la STS, Sala de lo Civil, Pleno, de 23 de diciembre de 2015 (Ponente: Pedro José VELA TORRES) declarase nula por abusiva la cláusula que imponía al prestatario consumidor, entre otros gastos, los de otorgamiento de escritura pública y los derivados de la inscripción registral, parece haberse extendido como la pólvora la idea de que es abusiva la imposición al prestatario del pago de los gastos del préstamo, entre los que se encuentran los aranceles notariales y registrales. También se han publicado ya algunos pronunciamientos judiciales en el mismo sentido, los cuales están contribuyendo a consolidar dicha opinión.

El asunto merece un análisis detenido, al objeto de precisar si efectivamente debe ser considerada abusiva, y en qué casos, la cláusula que hace recaer sobre el consumidor tales gastos, cuál es el fundamento jurídico en el que debe descansar el juicio de abusividad, y cuál es el criterio que debe ser aplicado para decidir a cuál de los dos contratantes corresponde el pago de los aranceles

notariales y registrales del préstamo hipotecario en los supuestos en los que la estipulación que se los atribuye al prestatario sea nula.

Clarificar estas cuestiones es algo que no solo posee interés para el prestatario, sino también para las entidades financieras y, por supuesto, para los aplicadores del Derecho.

Por lo que se refiere al prestatario, es cierto que la cuantía de los gastos notariales y registrales no es demasiado elevada si se la compara con otros gastos derivados del contrato de préstamo, como el pago de los impuestos, pero también es verdad que no son del todo irrelevantes para el prestatario, especialmente si se trata de una persona física que se vale del préstamo para financiar la compra de su vivienda habitual. Piénsese que el contrato de adquisición del inmueble genera también sus propios gastos.

Por lo que atañe a las entidades financieras, les interesa saber a qué atenerse, una vez que el propio Tribunal Supremo ha abierto un camino para cuestionar la validez de una estipulación que es contenido habitual de los contratos de préstamo y que suele formar parte de las condiciones generales. ¿Significa la doctrina jurisprudencial que los prestamistas deben eliminar esta condición general?, ¿les conviene, si es así, sustituirla por otra de contenido distinto, o será preferible que el contrato guarde silencio sobre el tema?

Finalmente, el interés para los aplicadores del Derecho es claro. Interesa tanto a abogados, como a jueces, notarios y registradores, conocer con la mayor exactitud posible en qué casos y por qué es válida, y en cuáles no, la estipulación por la que el prestatario asume el pago de los gastos que origine el otorgamiento y la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario. Ello ayudará a los abogados a no emprender, de manera indiscriminada, acciones judiciales solicitando una condena de la entidad financiera a la devolución de las cantidades pagadas por los consumidores en concepto de gastos notariales y registrales; a los jueces a fundamentar sus decisiones, en cada supuesto concreto, en los preceptos oportunos; y a los notarios y registradores a cumplir fielmente los deberes que les impone la ley, en particular, el de no autorizar y denegar la inscripción de las escrituras públicas de préstamo con garantía hipotecaria que sean contrarias a las leyes o que contengan cláusulas abusivas (art. 84 del Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias; en adelante TRLCU) y el de velar por el cumplimiento de los requisitos de incorporación (art. 23 de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación; en adelante LCGC).

II. CUESTIONES PREVIAS

Siendo el objetivo central de este trabajo el análisis y la determinación del posible carácter abusivo de la cláusula que hace recaer sobre el prestatario

consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario, deben abordarse, con carácter previo, distintas cuestiones. En primer lugar, es preciso establecer si según las leyes los gastos notariales y registrales son a cargo del prestamista o del prestatario. En segundo lugar, determinar si hay disposiciones legales que de modo específico impongan al prestamista o al notario el deber de informar al prestatario sobre tales gastos, bien en la fase precontractual, bien al tiempo de la celebración del contrato.

Las conclusiones que se extraigan del análisis del Derecho positivo referidas a cada una de estas cuestiones serán de gran utilidad a los efectos de determinar la validez de la cláusula que nos ocupa.

También se estima conveniente conocer los más recientes pronunciamientos de los tribunales sobre el tema, que por esta razón van a ser explicados y resumidos igualmente con carácter previo y sin perjuicio de reflexiones ulteriores.

1. Las disposiciones legales sobre el pago de los aranceles notariales y registrales

A) Aranceles notariales

Aunque parezca una obviedad, lo primero que hay que decir es que el acreedor de los gastos de otorgamiento de la escritura pública es el notario, y que corresponde a la legislación notarial, y no a las normas reguladoras del contrato, determinar quién es el sujeto obligado frente al notario al pago de sus honorarios profesionales. Cuestión distinta es que, independientemente de lo anterior, puedan las leyes establecer un reparto o distribución de tales gastos entre los propios contratantes, con eficacia limitada a ellos mismos. Es lo que hace el artículo 1455 del Código Civil para la compraventa (GARCÍA CANTERO, 1980, 110; RODRÍGUEZ LLAMAS, 2011, 65)[1].

Partiendo de lo dicho, y en aras de la mayor claridad posible, se distingue a continuación entre la normativa contractual y la legislación notarial.

a) Normas reguladoras de la relación contractual

A diferencia de lo que ocurre respecto de algunos contratos típicos, el Código Civil no contiene norma alguna, ni siquiera de naturaleza dispositiva, sobre el pago de los gastos notariales de la escritura de préstamo hipotecario, ni de otros gastos que se deriven de su otorgamiento, lo que no es extraño si se tiene en cuenta la escasa regulación en dicho texto legal tanto del préstamo como del contrato de hipoteca.

Tampoco hay una norma específica en la legislación de consumo. Dispone el artículo 63.2 TRLCU que «Salvo lo previsto legalmente en relación con los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública, la formalización del contrato será gratuita para el consumidor cuando legal o reglamentariamente deba documentarse este por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera». La regla que en este artículo se contiene, y que es de naturaleza imperativa, es que los gastos de documentación del contrato celebrado entre un empresario y un consumidor son a cargo del primero cuando una disposición legal o reglamentaria exija que el contrato se formalice por escrito o en un soporte de naturaleza duradera. Pero la regla se excluye precisamente respecto de los contratos que por prescripción legal deban formalizarse en escritura pública, siendo este el caso del préstamo hipotecario. La conclusión que se extrae del artículo 63.2 TRLCU, coincidente con lo dispuesto en el artículo 59.2 del mismo texto legal, es que habrá de acudirse al Derecho común para determinar quién o quiénes son los obligados al pago de los gastos de documentación del préstamo hipotecario. Y se deduce también, a contrario, que la regla puede no ser la gratuidad para el prestatario, aun cuando sea un consumidor en el sentido del artículo 3 TRLCU.

Esta remisión al Derecho común resulta inútil para el caso del préstamo hipotecario, por cuanto que, como ya se ha indicado, no hay norma alguna que imponga los gastos de documentación del contrato a una de las partes, ni tampoco que los distribuya entre ambos.

Cuestión distinta es que se pudiera pensar en la aplicación por analogía del artículo 1455 del Código Civil.

Es dudosa, sin embargo, la existencia de una laguna legal. No parece que el hecho de que ninguna norma contemple un criterio de asignación entre los contratantes de los gastos de documentación del contrato sea propiamente un vacío de regulación, dado que el acreedor de los gastos es un tercero (el notario). La situación es la misma que se plantea a propósito de otros desembolsos que origina la celebración del contrato, como los impuestos. El acreedor de los impuestos será la Administración tributaria. Nada impide a los contratantes, salvo que se trate de un contrato de consumo, acordar que internamente se haga cargo de esos gastos un sujeto distinto del que resulta obligado por ley frente al acreedor, pero eso no quiere decir que haya una laguna legal si las leyes no prevén una distribución de esos tributos o gastos entre los contratantes. Es más, sería una previsión extraña y sorpresiva en la medida en que el gasto se pusiera a cargo de un sujeto distinto del que tiene la condición de deudor frente al acreedor del gasto o tributo. Es lo mismo que ocurre, por ejemplo, con los gastos de comunidad de la vivienda arrendada. El obligado al pago de los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble es el propietario [art. 9 e) de la Ley 49/1960, de propiedad horizontal], aunque puede válidamente estipularse, en el contrato de arrendamiento, que sean a cargo del arrendatario (art. 20 de la Ley 29/1994,

de arrendamientos urbanos). Sería poco razonable afirmar que hay una laguna legal por el hecho de que nada se diga sobre el tema en la ley arrendaticia, para el caso de inexistencia de acuerdo. No es necesario hacerlo, porque si no hay un pacto entre el arrendador y arrendatario, es claro que el primero no podrá exigir al segundo el pago de unos gastos de los que él es deudor frente a un tercero. Idéntico razonamiento vale para el caso que nos ocupa: a falta de pacto válido entre prestamista y prestatario respecto de los honorarios del notario, el que venga legalmente obligado a su pago no podrá, evidentemente, reclamárselos al otro.

Cuestión distinta, sobre la que luego se volverá, es que, conforme a la legislación notarial, sean o puedan ser varios los obligados al pago de los aranceles al notario.

En definitiva, no hay una norma en nuestro ordenamiento jurídico que reconozca a prestamista o prestatario el derecho a exigir del otro el importe de todo o parte de los honorarios satisfechos al notario por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, lo que en sí no significa que haya una laguna legal.

Otra cosa es que fuera conveniente la existencia de una previsión en la ley sobre el obligado al pago de tales gastos, máxime a la vista de la elevada conflictividad que últimamente están generando. Ello ayudaría a disipar dudas y, sobre todo, a evitar que se acuda a la legislación notarial y registral en busca de la respuesta a un problema que ni se regula ni se debe regular en ella.

b) Legislación notarial

El artículo 63 del Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 (en adelante, RN), dispone con carácter general que «La retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios». Como complemento de lo anterior, el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, sobre arancel de los notarios, establece que «La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente» (Regla sexta del Anexo II).

A diferencia de lo que ocurre con los artículos 1455 y 1555.3 del Código Civil, que son normas dispositivas cuyo objeto es distribuir entre las partes del contrato los gastos de otorgamiento de la escritura, la regla sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989 no persigue resolver cuál de los contratantes ha de hacer frente al pago de los aranceles notariales, sino algo muy distinto. El destinatario de esta norma es el notario; el precepto le aclara a quién le puede exigir el cumplimiento. Como no podía ser de otro modo, será a los sujetos que hayan requerido sus servicios. Pero este no es el único criterio legal, sino que se añade que «en su caso» están obligados al pago los «interesados» según las normas sustantivas y fiscales.

Aunque la norma suscita algunos interrogantes[2], es bastante evidente que protege los intereses del acreedor de los honorarios, a quien se le reconoce legitimación para dirigirse, no solo frente a quien haya solicitado sus servicios, —que es la solución que resultaría de la aplicación de las reglas generales sobre el contrato de prestación de servicios—, sino también frente al sujeto interesado en su actuación profesional, que podría no coincidir con aquel. A cualquiera de ellos les puede exigir la totalidad de la deuda.

En la práctica no es infrecuente que la persona que solicita los servicios del notario sea un mandatario o gestor. Resulta lógico suponer que esta realidad ha sido tenida en cuenta por la ley, y que con la referencia a «los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario» se haya querido aludir, no al mandante, sino al mandatario. Y ello con la finalidad de que, pese a su condición de mandatario, quede personalmente obligado al pago de los honorarios, sin perjuicio, obviamente, de la acción que le corresponda frente al mandante. De ser correcta esta interpretación, se trataría de una excepción a la regla general de no vinculación personal por parte del mandatario a los actos realizados en su condición de tal (art. 1725 del Código Civil).

El efecto práctico de la regla sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, en el caso del contrato de préstamo hipotecario, es doble: por una parte, que el sujeto que solicita la actuación notarial no puede eludir el pago de los honorarios alegando que está gestionando los intereses de otro; por otra parte, que ni prestamista ni prestatario pueden negarse a efectuar el pago de los aranceles si se los reclama el notario. No pueden oponerse con el argumento de que no demandaron sus servicios, ni tampoco invocando pacto alguno entre ellos sobre el pago de tales gastos, pacto que sería eficaz únicamente entre los otorgantes, en el caso de existir (art. 1257 del Código Civil).

Esta ineficacia frente al acreedor de los gastos de los pactos entre los contratantes está bien aceptada en el caso de los impuestos, pero por alguna razón no se tiene tan en cuenta cuando se trata de aranceles notariales o registrales, para los que vale sin embargo el mismo razonamiento. Como es bien sabido, las cláusulas por virtud de las cuales un contratante distinto del sujeto pasivo se obliga al pago de un determinado tributo, no son oponibles a la Administración tributaria. Resulta así tanto del artículo 1257 del Código Civil, que consagra el principio de relatividad del contrato, como del artículo 17. 5 de la Ley General Tributaria, a cuyo tenor «Los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas».

Una vez sentado que la regla 6.ª del anexo II del Real Decreto sobre arancel de los notarios no es una norma que regule las relaciones contractuales entre prestamista y prestatario, la duda que surge es si, a falta de previsión contractual y legal específica, debe aplicarse también en este ámbito.

La norma serviría, ciertamente, para resolver el problema que nos ocupa, en el caso de señalar a un único obligado al pago de los aranceles, o en el caso de establecerse en ella, con toda claridad, un criterio de distribución interna de la deuda entre los distintos deudores solidarios. Pero no ocurre ni lo uno ni lo otro.

Si se atribuyese a un único sujeto la condición de deudor, la situación sería idéntica a la que se plantea en referencia a los impuestos. Si la ley dispone que el obligado al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales es el prestatario y no hay pacto entre las partes o este no es válido, ello quiere decir que el prestatario no puede reclamar al prestamista cantidad alguna por tal concepto. El mismo razonamiento sirve para otros gastos o contratos distintos. Así, para el arrendamiento de inmuebles situados en edificios en régimen de propiedad horizontal: si la ley prevé que el obligado al pago de los gastos ocasionados por el adecuado sostenimiento del inmueble es el propietario del inmueble y no hay un acuerdo válido por virtud del cual los asuma el arrendatario, el efecto es que aquel los afronta definitivamente, por cuanto que no puede exigir su reembolso del arrendatario.

Se demuestra con lo anterior que, no existiendo un convenio válido o una previsión legal sobre cuál de los contratantes ha de realizar un determinado gasto o desembolso debido a un tercero, el sujeto que tenga la consideración de obligado según la ley que resulte de aplicación, soporta de modo definitivo dicho gasto.

La particularidad de los aranceles notariales estriba en que, en aplicación de lo dispuesto en la normativa que los regula, están obligados tanto el prestamista como el prestatario, pues ambos poseen la condición de interesados: la garantía hipotecaria refuerza la posición del prestamista, pero el interesado en la concesión del préstamo es el prestatario. Así lo revelan las manifestaciones vertidas por la STS, Pleno, de 23 de diciembre de 2015 (séptimo motivo del recurso de casación) cuando afirma que «si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista». También estaría obligado, en el caso de ser un sujeto distinto, el solicitante de los servicios del notario.

Así las cosas, es claro que la regla sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989 no extiende sus efectos a los otorgantes de la escritura de préstamo hipotecario, no solo porque consagra la responsabilidad solidaria de una pluralidad de sujetos, frente al notario, sino, fundamentalmente, porque no recoge criterio alguno de distribución (interna) de dichos gastos entre ellos.

Podría pensarse que el silencio legal en cuanto a la medida de la responsabilidad definitiva de los varios deudores solidarios debe resolverse aplicado un criterio de distribución por partes iguales, en línea con lo dispuesto en el artículo 1138 del Código Civil para las obligaciones parciarias, pero ello llevaría a una conclusión que debe ser rechazada por absurda: que el mandatario, el prestamista y el prestatario deberían hacer frente al pago de los aranceles notariales por terceras partes.

No hay duda de que el mandatario que paga con cargo a fondos propios los honorarios del notario, tiene la correspondiente acción frente al mandante, dirigida a obtener su reembolso. Y no hay duda tampoco de que si es el prestamista quien paga y es el prestatario el que se obligó a hacerlo, el primero tendrá acción de repetición frente al segundo; o viceversa.

Todo indica que el hecho de que la ley consagre la responsabilidad solidaria frente al notario de varios sujetos, sin abordar el asunto de la distribución de la deuda entre ellos, no es propiamente un olvido del legislador, sino que más bien está sobreentendiendo que ello es algo que debe decidirse libremente por los propios otorgantes de la escritura. Desde esta perspectiva, resultan sumamente útiles los acuerdos de prestamista y prestatario sobre el pago de los honorarios del notario, tanto si tuvieron lugar en el momento de celebrarse el contrato de préstamo, como si se adoptan con posterioridad.

Dicho de otro modo: la legislación notarial que regula el pago de los aranceles cuenta con la existencia de ese pacto, que, como se ha dicho, es irrelevante para el notario.

Interesa destacar, por último, el importante efecto que se deriva de la ausencia de pacto: si el prestatario paga los aranceles notariales, nada podrá reclamar del prestamista, y lo mismo ocurrirá en el caso inverso. No es de aplicación la acción de reembolso del artículo 1145 del Código Civil, al estar prevista para el caso de una fragmentación interna de la deuda entre los deudores solidarios, que aquí no existe. Tampoco cabría acudir a los artículos 1158 y 1159 del Código Civil, dado que no hay un pago por tercero; el prestamista o el prestatario que pagan los aranceles notariales no paga una deuda ajena. Para que el sujeto que paga pueda ser calificado como tercero es preciso que el acreedor no le pueda exigir el pago (DÍAZ PAIRÓ, 1960, 78, y DELGADO VERGARA, 2003, 201, ambos citados por ORDELÍN FONT, 2014, 2878).

En suma, a falta de previsiones contractuales sobre el abono de los gastos de documentación del préstamo hipotecario, el efecto que provoca la aplicación de la norma contenida en la regla 6.ª del anexo II del Real Decreto 1426/1989, es que los gastos notariales serán a cargo, de manera definitiva, del contratante que efectúa su pago al notario. Es lo que podría estar entendiendo la Audiencia Provincial de Pontevedra cuando, pese a declarar abusiva la cláusula que impone al prestatario el pago de los gastos causados por el otorgamiento de la escritura, desestima la pretensión de reembolso de las cantidades satisfechas en tal concepto por el consumidor (SSAP de Pontevedra de 23 de diciembre de 2015 y de 19 de enero de 2016). No obstante, su razonamiento es muy distinto al aquí defendido: «[…] expulsar la estipulación nula del contrato no significa atribuir necesariamente al predisponente el pago de los concretos gastos reclamados en el presente litigio, pues ello dependerá bien de la exigencia de una norma imperativa, bien de norma que regula el concreto gasto en que el acreedor es un tercero ajeno al contrato, o bien del concreto pacto contractual concertado con pleno

conocimiento de sus consecuencias, como producto de la negociación individual. Resulta posible que, en el caso concreto, al margen de las estipulaciones abstractas de la estipulación contractual, las partes hayan convenido que el adherente consumidor soporte el pago del arancel notarial devengado por el otorgamiento de la escritura o de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Y este pacto en concreto (como por ejemplo la norma dispositiva que atribuye al vendedor los gastos de escritura de compraventa según el art. 1445 del Código Civil), que individualiza una obligación derivada del contrato, no necesariamente ha de resultar nulo si no causa desequilibrio ni sorprende la buena fe del consumidor, de forma que respete el control de transparencia y el control de incorporación»[3].

De *lege lata,* la consecuencia de que los gastos notariales son a cargo de modo definitivo del sujeto que paga, puede evitarse únicamente mediante una estipulación que haga recaer de modo expreso sobre una de las partes del contrato de préstamo, la obligación de pago de los gastos notariales, o que los distribuya entre ambos. Por consiguiente, si el pacto existe y es válido, resulta de gran utilidad, porque significará que, independientemente de quien afronte el gasto ante el notario, los contratantes cuentan con una regla clara y conocida de antemano, que constituirá el fundamento, en su caso, de la acción de reembolso del *solvens* frente al obligado internamente.

De *lege ferenda,* resultaría deseable, tal y como se ha apuntado con anterioridad, contar con una norma expresa que atribuyese a prestamista o a prestatario, o que repartiese entre ambos, los gastos de otorgamiento de la escritura pública, aunque no es una tarea que deba abordar la legislación notarial. Ni el Real Decreto que regula el arancel de los notarios, ni el Reglamento Notarial —cuyo objeto es la organización y régimen del Notariado— son el lugar adecuado para establecer obligaciones contractuales. Y es un error atribuirles esta virtualidad, como están haciendo respecto del préstamo hipotecario, tanto la doctrina como la jurisprudencia. Nótese que ello no ocurre respecto de otros contratos, como la compraventa de inmuebles, lo que sin duda se explica por la existencia del artículo 1455 del Código Civil. Y este es el aspecto que hay que destacar: que si el artículo 1455 o el 1555.3 del Código Civil conviven sin dificultades con las citadas normas reglamentarias, es porque se mueven en planos diferentes. Mientras que la legislación notarial se ocupa de establecer el sujeto obligado frente al notario al pago de sus aranceles, el Código Civil se centra en la relación contractual.

B) Aranceles registrales

También en referencia a los aranceles registrales se impone distinguir entre las normas que los distribuyen entre los contratantes —que no existen para el caso del préstamo hipotecario— y las normas cuyo objeto es establecer qué sujeto ostenta frente al registrador acreedor de los gastos derivados de la

inscripción, la condición de deudor. De esto último se ocupan las normas que regulan los aranceles registrales, las cuales guardan un evidente paralelismo con las establecidas para los aranceles notariales, aunque resultan más claras.

La regulación de los aranceles de los registradores de la propiedad se encuentra contenida en el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre. La norma octava de su anexo II dispone que «Los derechos del Registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado». Por su parte, el artículo 6 LH, referido a las personas que pueden pedir la inscripción de los títulos en el Registro, menciona en su apartado b) al sujeto que transmita el derecho, y en el apartado c) a quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir».

La aplicación de lo dispuesto en esta norma a los casos en los que el documento presentado para su inscripción sea una escritura de préstamo hipotecario, llevaría a la conclusión de que, además de la persona que haya presentado el documento (que puede ser un mero mandatario), el sujeto legalmente obligado al pago de los derechos del registrador de la propiedad es el prestamista, en tanto que la garantía hipotecaria se constituye en su interés. Sin embargo, no es menos cierto que también el prestatario tiene interés en la constitución de la hipoteca, en la medida en que de ello depende la real y efectiva celebración del contrato de préstamo.

Las anteriores consideraciones explican que el Tribunal Supremo, en la ya citada sentencia de 23 de diciembre de 2015, haya sostenido que la normativa reglamentaria permitiría una distribución *equitativa* entre acreedor y deudor hipotecario (séptimo motivo del recurso de casación).

En el plano teórico, pues, el problema no está claramente resuelto en las leyes. Por un lado, porque la condición de sujeto a cuyo favor se inscriba el derecho, puede predicarse tanto del prestamista como del prestatario. Y, por otro lado, porque no es este el único deudor de los derechos del registrador, los cuales se dice que son exigibles también a la persona que haya presentado el documento.

Los efectos prácticos que provoca esta norma son idénticos a los que se han referido anteriormente para el caso de los aranceles notariales: el sujeto que efectúa el pago, sea el prestamista o sea el prestatario, no puede aspirar a obtener su reembolso, total o parcial, del otro contratante, salvo en los casos en que exista un pacto válido entre ellos sobre el pago de tales gastos.

2. La información precontractual sobre los gastos de otorgamiento e inscripción de la escritura de préstamo hipotecario

Se reúnen en este apartado, de modo muy sucinto[4], las principales normas que, en contratos de préstamo celebrados con consumidores, se refieren a los

deberes de información sobre los gastos notariales y registrales que corresponden a la entidad de crédito[5] y a los deberes de información o de otro tipo que en relación con ello imponen las leyes al notario autorizante de la escritura. Con ello se persigue, simplemente, ofrecer al lector unas pinceladas del estado de la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico y de los cambios que se están gestando sobre el tema. Estas nociones son necesarias para la adecuada comprensión de las ideas que se defenderán posteriormente al tratar del control de transparencia.

La Orden Ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre de 2011, sobre transparencia y protección de servicios bancarios, actualmente en vigor[6] alude de modo expreso a los costes de formalización del préstamo hipotecario como uno de los aspectos a los que debe ir referida la información precontractual. La información precontractual se traslada a los clientes a través de dos fichas distintas: la llamada ficha de información precontractual (FIPRE), cuyo contenido es muy general y meramente orientativo (art. 21), y la ficha de información personalizada (FIPER), la cual habrá de ser entregada a todos los clientes de préstamos hipotecarios «de forma gratuita, con la debida antelación y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por cualquier contrato u oferta» (art. 22). La información de esta última vincula a la entidad de crédito por un plazo determinado, que en la propia ficha se indica, haciéndose constar que después de esa fecha puede variar con arreglo a las condiciones del mercado.

En el modelo de FIPER que figura en el Anexo II, hay un apartado denominado «vinculaciones y otros costes», destinado a informar de la existencia de otros costes, distintos de las cuotas periódicas, que conlleva el préstamo. En el citado apartado se incluye la siguiente advertencia: «Asegúrese de que tiene conocimiento de todos los demás tributos y costes (por ej., gastos notariales conexos al préstamo)».

En la misma línea, la Guía de acceso al préstamo hipotecario elaborada por el Banco de España en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 20 OMEHA/2899/2011, contiene un apartado denominado «Gastos anejos: tasación, seguros, gestiones administrativas, notarios, registros e impuestos», en el que se contiene una enumeración de posibles gastos que puede originar el préstamo, mencionándose de modo expreso «los gastos que cobre el notario por el hecho del otorgamiento de la escritura de hipoteca (aranceles notariales)» y «los gastos que cobre el Registro de la Propiedad por la inscripción en el Registro de la constitución de la hipoteca»[7].

A los deberes de información de la entidad de crédito se suman los deberes de información del notario. Esta información tiene lugar, habitualmente, en el propio acto de otorgamiento de la escritura, porque si bien se reconoce el derecho del cliente a examinar el proyecto de escritura antes de la formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, se admite la renuncia expresa del cliente al citado plazo (art. 30.2 OMEHA/2899/201).

Se consagra el deber del notario de informar al cliente «del valor y alcance de las obligaciones que asume», lo que revela que es tarea del notario colaborar para que el cliente alcance una perfecta comprensión del contrato de préstamo (ORDÁS ALONSO, 2014, 176). Esta declaración de carácter general va seguida de la enumeración detallada de ciertos deberes de comprobación e información a cargo del notario. Entre ellos se encuentran el de comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la FIPER (art. 30.3 a) y el de «informar al cliente de los costes exactos de su intervención» (art. 30. 3 h)[8].

Nótese cómo mientras en lo concerniente a los gastos de otorgamiento de la escritura, la entidad de crédito solo tiene que informar de su existencia, no es la entidad, sino el notario quien debe comunicar al cliente su coste exacto, lo que resulta sumamente lógico.

Por lo que se refiere al acto de otorgamiento, hay que estar también a lo establecido con carácter general en el Reglamento Notarial. Del artículo 193 RH se deduce el deber del notario de leer a las partes las escrituras que autoricen, o de permitirles leerlas, a su elección. La lectura debe ser íntegra, entendiéndose que lo es «cuando el notario hubiera comunicado el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes». Después de la lectura, el notario deberá dar fe de que «los comparecientes han hecho constar haber quedado debidamente informados del contenido del instrumento y haber prestado a este su libre consentimiento».

Por su parte, la Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, contiene previsiones del mismo tipo, aunque no idénticas a las de la OMEHA de 2011[9]. Entre los aspectos que debe incluir la información general que han de proporcionar los prestamistas e intermediarios del crédito, de conformidad con el artículo 13 de la Directiva, se incluye «un ejemplo representativo del importe total del crédito para el consumidor, del importe total adeudado por el consumidor y de la TAE» (letra g), y «una indicación de otros posibles costes, no incluidos en el coste total del crédito, para el consumidor que deban pagarse en relación con un contrato de crédito» (letra h). Por su parte, el artículo 14, relativo a la información precontractual, prevé que la información personalizada se facilite mediante una ficha llamada FEIN, cuya emisión corresponde a la entidad de crédito. El apartado 4 de la citada ficha, se titula «Tipo de interés y otros gastos» y su objeto es explicar en informar sobre la TAE y los gastos que comprende. Tras ello, hay un apartado destinado a hacer constar aquellos gastos que son desconocidos para el prestamista y que por lo tanto no se incluyen en la TAE. Es, claramente, el caso de los aranceles notariales. Finalmente se incluye el siguiente texto: «Tendrá que pagar una tasa por registrar la hipoteca. Asegúrese de que tiene conocimiento de todos los demás tributos y costes conexos al préstamo».

La Directiva no se ha incorporado aún al Derecho español, pese a que el plazo de transposición finalizó el 21 de marzo de 2016. Hay que entender que desde esa fecha tienen eficacia directa en España las normas de la Directiva relativas a la información precontractual mediante la FEIN, al ser normas de contenido máximo y poseer una concreción absoluta (ALBIEZ DOHRMANN, 2016 a, 168).

Dentro del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOCG de 17 de noviembre de 2017) tratan de la cuestión que aquí nos ocupa los artículos 12 y 13, ubicados en el capítulo dedicado a las normas de protección del prestatario. El primero ordena al prestamista entregar al prestatario, entre otros documentos (como la FEIN o ficha europea de información normalizada, y la FiAE o ficha de advertencias estandarizadas) «una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido [...] incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato, especificando los gastos estimados que corresponden al arancel notarial, a los derechos registrales, al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y a los costes de labores de gestoría». Por su parte, el artículo 13 versa sobre el deber del notario de verificar la documentación relacionada en el artículo anterior. En el caso de que quede acreditado su cumplimiento, hará constar en un acta notarial previa a la formalización del préstamo, entre otros extremos, «que ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FIAE, de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica (apartado c)». También incluirá el acta notarial «La manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación» (apartado d).

Tal y como señala la Exposición de Motivos del Proyecto, entre los aspectos más novedosos de la Ley se encuentra una regulación detallada de la fase contractual, en la que se ha ido más allá de la estricta transposición de la Directiva a fin de que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material. Esta medida se complementa atribuyendo al notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, comprobando el cumplimiento de los requisitos del principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia, al tiempo de autorizar la escritura pública. Y se concluye: «De este modo, se constituirá prueba en beneficio de ambas partes —prestamista y prestatario— de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, a conocer las consecuencias de aquello a que se obliga».

Nótese como una cosa son los deberes de información a cargo de la entidad de crédito y otra distinta los deberes del notario, cuya tarea, en el texto proyectado, y frente a lo que ocurría en el Anteproyecto (ARROYO Y AMAÑUELAS, 2017, 34), no es solo cerciorarse de que el empresario ha cumplido sus deberes de transparencia material, y levantar acta de ello, sino también informar y asesorar. El acta en cuestión va a producir un efecto importante: excluir el control de transparencia material, el cual hay que entender que está llamado a poseer carácter excepcional, toda vez que el artículo 13.5 dispone: «Conforme al artículo 17 bis apartado 2.b) de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material».

A modo de conclusión debe destacarse la necesidad de distinguir, en lo referente a los gastos notariales y registrales, el contenido de la información precontractual a cargo de la entidad de crédito y el contenido de la información precontractual que se impone al notario. La entidad de crédito se debe limitar a realizar una advertencia referida a que el otorgamiento de la escritura genera gastos que no están incluidos en el coste total del crédito, entre los que se encuentran los notariales. El notario, en cambio, debe hacer saber al prestatario el coste estimado de su intervención profesional. La distinción es perfectamente lógica, por cuanto que la entidad de crédito no conoce ni debe conocer la cuantía exacta de los honorarios profesionales.

Además, mientras que los deberes de la entidad de crédito son puramente informativos, los del notario autorizante de la escritura de préstamo son y pueden llegar a ser en un futuro inmediato, mucho más amplios y variados. Los textos legislativos más recientes y las normas en proyecto asignan a los notarios deberes específicos de asesoramiento y de comprobación del cumplimiento de los deberes de información precontractual del prestamista, ahondando así en una tendencia de reforzamiento del papel de los notarios, ya iniciada en 2011 (ZURITA MARTÍN, 2014, 72).

3. Recientes pronunciamientos judiciales sobre la validez de cláusulas que, entre otros, imponen al prestatario el pago de los gastos notariales y registrales

A) Antecedentes

Con anterioridad al año 2015, diversas sentencias se ocuparon de la validez de cláusulas que en contratos de compraventa de inmuebles ponían a cargo del

comprador el pago de los gastos de constitución de hipotecas[12], pero no tenemos constancia de ninguna que aborde la cuestión concreta de la que nos ocupamos, la validez de la cláusula que en los préstamos hipotecarios hace recaer sobre el prestatario el pago de los gastos notariales y registrales.

Si bien referidas a un contrato distinto, resulta de utilidad analizar la jurisprudencia sobre cláusulas de gastos incluidas en contratos de compraventa entre la promotora y los adquirentes de los inmuebles, sobre todo porque, como luego se verá, algunas de estas sentencias se han invocado para resolver el problema en contratos de préstamo. El análisis jurisprudencial demuestra que los tribunales han venido distinguiendo entre los gastos de constitución del préstamo hipotecario para financiar la construcción del inmueble por el promotor y los gastos de constitución del préstamo hipotecario para financiar la adquisición del inmueble por el consumidor. Con buen criterio, las cláusulas que hacen recaer los primeros sobre el consumidor se estiman válidas, incluso si el préstamo tenía como finalidad inicial la financiación de la construcción, pero luego se subroga en él el comprador (STS de 24 de julio de 2002[13]). En cambio, se han venido calificando como abusivas las cláusulas que imponían al consumidor el pago de gastos de constitución del préstamo hipotecario obtenido por el promotor para financiar la construcción. Este es el caso de la STS de 1 de junio de 2000, invocada por la STS de 23 de diciembre de 2015, de la que se trata en el siguiente apartado.

En la jurisprudencia menor, pueden citarse la SAP de Cáceres, secc. 2.ª, de 18 de diciembre de 1995[14], la SAP de Soria de 22 de julio de 2002[15], la SAP de Barcelona, secc. 16.ª, de 22 de febrero de 2005[16], la SAP de Valencia, sección 9.ª, de 12 de mayo de 2006[17] y la SAP de Madrid, sección 13.ª, de 18 de febrero de 2011[18]. Todas ellas confirman la doctrina expuesta, que distingue entre los gastos de constitución y cancelación del préstamo concedido a la promotora —que no es lícito imponer al consumidor—, y los gastos de constitución del préstamo concedido al comprador o del que este se beneficia por la vía de la subrogación en la posición de la vendedora —cuya repercusión sobre el consumidor se estima perfectamente válida—.

Lo hasta aquí expuesto es la doctrina jurisprudencial referida al contrato de compraventa del inmueble.

Por lo que respecta al contrato de préstamo, solo muy recientemente se han dictado pronunciamientos judiciales sobre el posible carácter abusivo de cláusulas sobre gastos. Mediante ellos se da respuesta, la mayor parte de las veces, a pretensiones individuales de consumidores que solicitan que se declare abusiva la condición general que les impone el pago de diversos gastos causados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario. Interesa señalar que es dato común a todos los casos que se recogen a continuación el hecho de que la cláusula cuya validez se cuestionaba no se refería única y exclusivamente a los aranceles notariales y registrales derivados del

otorgamiento e inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, sino que comprendía otros gastos, como tributos, cancelación de la hipoteca, tasación de la finca o los derivados de la comprobación de la situación registral del inmueble.

B) Tribunal Supremo

La muy conocida STS de 23 de diciembre de 2015 (Sala de lo Civil, Pleno), que resuelve una acción de cesación ejercitada por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), declara nula por abusiva, en lo que aquí interesa, una condición general de la contratación sobre gastos del préstamo hipotecario del tenor literal siguiente: «Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación —incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía— y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11.ª.

La parte prestataria faculta al Banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por este con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador

aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva.

El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al Banco devengarán, desde la fecha en que este las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6.ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gatos y costas en la cláusula 9.ª».

La anterior condición general de la contratación había sido declarada abusiva en primera instancia y en apelación, lo que se discute en casación por el Banco recurrente, quien denuncia infracción del artículo 89.3 TRLCU. Se cuestiona la aplicación de los supuestos de abusividad previstos en las letras a) y c) del citado precepto porque solo se refieren al contrato de compraventa de viviendas. Se aduce que la cláusula se limita a recoger unas atribuciones de gastos o costes a los prestatarios, ya previstos en las leyes para determinadas prestaciones realizadas a su favor. Se arguye en concreto que, puesto que la garantía constituida es una hipoteca unilateral, corresponde al prestatario el pago de los honorarios de notario y registrador.

El TS manifiesta que «resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto». Tras invocar los artículos 89.3, núm. 2.º y 3.º, 89.3. 3.º, letras a y c, 89.3. 4.º y 89.3. 5.º TRLCU, declara: «Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (art. 571 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 del Código Civil y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación

que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLCU).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador-consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso».

Aunque no es todavía el momento de valorar la STS, sí debe ya indicarse que la STS de 1 de junio de 2000, que aquí se cita, había confirmado el fallo de la Audiencia que condenaba a la vendedora de las viviendas al reintegro de los gastos de constitución del préstamo hipotecario, que esta había repercutido sobre los compradores. Pero se trataba del préstamo concedido a la promotora vendedora para financiar la construcción del edificio, supuesto diferente al que nos ocupa, y que encontraba un claro encaje en el artículo 10.1.c) 11 de la Ley 26/1984, General para la defensa de los consumidores y usuarios, a cuyo tenor debía considerarse nula por abusiva «En la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación, que por su naturaleza corresponda al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)».

C) Audiencias Provinciales

El mismo día en que el TS dictaba la sentencia recogida en el apartado anterior, que es la única en la que hasta el momento se pronuncia sobre el tema que nos ocupa, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra dicta una sentencia referida a una cláusula que imponía al consumidor muy diversos gastos, entre ellos los gastos de Notaría, tramitación y Registro de la Propiedad, así como los tributos causados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario. Se trata de la SAP de Pontevedra, secc. 1.ª, de 23 de diciembre de 2015. Durante el año siguiente, la misma Sala dicta otras dos sentencias sobre la cuestión: la SAP de Pontevedra, secc. 1.ª, de 19 de enero de 2016 y la SAP de Pontevedra, secc. 1.ª, de 7 de abril de 2016, a la que se suma la más reciente de 28 de marzo de 2017. En tres de ellas el prestatario consumidor, además de solicitar la nulidad de la cláusula[19], reclamaba la restitución de las cantidades que en aplicación de ella se habían entregado al Banco predisponente.

En todos los casos se declara abusiva la cláusula, por entenderse que genera un desequilibrio importante en contra del consumidor, tratándose de una

estipulación que no cabe pensar que él hubiera aceptado en el marco de una negociación individualizada. Ahora bien, se deja claro que el citado desequilibrio deriva de la «generalidad» de la cláusula, de que la repercusión en el consumidor de todos los gastos y de todos los tributos se hace «sin distinción alguna», con independencia de que, respecto de algunos de los conceptos, vulnere normas de carácter imperativo.

También hay valoraciones referidas en concreto a los aranceles notariales y registrales. La Sala entiende que los Reales Decretos 1426/1989 y 1427/1989, de los que nos ocupamos en anteriores apartados, «atribuyen la responsabilidad de pago al solicitante del servicio de que se trate (sea la prestación de una función o la expedición de una copia) o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación)» y que «En la generalidad de los casos la que gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público es la entidad financiera, que también es la persona jurídica a favor de la que se inscribe el mismo», concluyendo que la cláusula «lejos de asegurar una mínima reciprocidad entre los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, hace recaer su práctica totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que, a falta de pacto expreso entre las partes, la aplicación de la norma reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista» (Fundamento de Derecho quinto de la SAP de Pontevedra de 19 de enero de 2016). Nótese cómo el punto de vista de la Sala es opuesto al que venimos defendiendo: se interpreta que las normas que regulan los reglamentos notariales y registrales distribuyen los aranceles entre los contratantes, algo que también hizo la STS de 23 de diciembre de 2015; nuestra opinión en cambio es que regulan únicamente las relaciones entre el notario o registrador y los sujetos a los que estos prestan sus servicios.

Un aspecto destacado de la doctrina de la AP de Pontevedra sobre la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios es que, no obstante declararla abusiva, no siempre se estima la pretensión del demandante de que se le restituyesen las cantidades pagadas en aplicación de lo dispuesto en ella. La argumentación de la Sala es la siguiente:

«[…] expulsar la estipulación nula del contrato no significa atribuir necesariamente al predisponente el pago de los concretos gastos reclamados en el presente litigio, pues ello dependerá bien de la exigencia de una norma imperativa, bien de norma que regula el concreto gasto en que el acreedor es un tercero ajeno al contrato, o bien del concreto pacto contractual concertado con pleno conocimiento de sus consecuencias, como producto de la negociación individual.

Resulta posible que, en el caso concreto, al margen de las estipulaciones abstractas de la estipulación contractual, las partes hayan convenido que el adherente

consumidor soporte el pago del arancel notarial devengado por el otorgamiento de la escritura, o de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Y este pacto en concreto (como por ejemplo la norma dispositiva que atribuye al vendedor los gastos de escritura de compraventa según el artículo 1455 del Código Civil, que individualiza una obligación derivada del contrato, no necesariamente ha de resultar nulo si no causa desequilibrio ni sorprende la buena fe del consumidor, de forma que respete el control de transparencia y el control de incorporación.

En el caso sometido a enjuiciamiento falta todo razonamiento en relación con la concreta estipulación que atribuyó al prestatario la obligación de soportar los gastos del impuesto, de la inscripción o del otorgamiento de la escritura notarial en el concreto supuesto de hecho. La automaticidad que la demanda predica de la nulidad de la estipulación abstracta proyectada sobre el pacto concreto relativo a un concreto pago no resulta conforme con el control de contenido o de incorporación propio del derecho de condiciones generales en contratos concertados con consumidores. Falta toda prueba y todo razonamiento sobre tal cuestión, que consideramos esencial para el éxito de la pretensión de reintegración de aquellos pagos […]. La voluntaria renuncia al derecho a la prueba en el acto de la audiencia previa, a salvo la documental, impidió conocer las concretas circunstancias que rodearon la asunción de los pagos cuya reintegración se reclama, lo que nos lleva a la estimación parcial del recurso en el sentido de dejar sin efecto la condena dineraria.

Por otra parte, en lo que concierne a los gastos arancelarios por los servicios de notario y registrador, la ausencia de pacto alguno comportaría, en principio, la necesidad de discriminar si el destinatario y obligado al pago es una u otra parte o, en su caso, ambas, a falta de designación expresa o si se entiende que el acto se realiza en interés de las dos (véase, por ejemplo, la expedición de copias; en la factura se indica que se expidieron tres, de las que alguna o algunas serían entregadas al prestatario…). Tal aclaración no consta, ni siquiera se ha intentado.

A mayor abundamiento, no es posible confundir los efectos de la nulidad de la cláusula, en tanto que expulsada del contrato, cuando la cláusula únicamente ha tenido efectos entre las propias partes, con la situación que se plantea cuando la aplicación de la cláusula no se ha limitado a los contratantes, sino que afecta a terceros, en este caso, los profesionales destinatarios del pago. Piénsese en lo que sucedería si se condena a la entidad financiera a devolver la total cantidad satisfecha al tercero, incluida la que, hipotéticamente correspondería al deudor; ¿podría la entidad de crédito reclamar al profesional el reembolso de la parte que le incumbía satisfacer? ¿Y en este caso vendría el profesional obligado a la restitución y podría a su vez reclamar la cuota o la partida que incumbía al deudor? En suma, la afectación de un tercero, que no ha sido parte en el procedimiento y que no ha podido alegar y probar en su defensa lo que considerara pertinente, impide hacer una aplicación acrítica del artículo 1303 del Código Civil.

Cuestión distinta es que la declaración de nulidad, lógicamente, sí que extiende sus efectos hacia el futuro, impidiendo que por el juego de la cláusula declarada nula se pretenda imponer al prestatario el pago de gastos que no le correspondan legalmente o que, a falta de previsión legal, se pretenda imputarlos en su integridad» ((Fundamento de Derecho tercero de la sentencia de 19 de enero de 2016).

En una primera aproximación no resulta fácil comprender ni justificar algunos de los razonamientos que se han transcrito. Si se sostiene que la condición general que pone a cargo del consumidor los gastos de otorgamiento e inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, es nula por abusiva, parecería lo lógico estimar la pretensión de reintegro del consumidor que demuestre las cantidades exactas que pagó por tal concepto. Sin embargo, la Sala entiende que ello no es algo automático, sino dependiente de las concretas circunstancias que rodearon los pagos. Con esta afirmación parece estar admitiendo la existencia de una suerte de pacto no escrito, deducido del hecho de que el demandante soportase los gastos sin objeción durante muchos años, y que sería este pacto —y no la condición general impugnada— el fundamento para desestimar la pretensión de reembolso.

También pesan sobre la decisión de desestimar la condena dineraria que se le había solicitado, las dificultades para determinar, a falta de pacto, quién es el sujeto obligado al pago de los gastos arancelarios por los servicios de notario y registrador. Y parece referirse no solo a la dificultad que en general se plantea para decidir en interés de quién se realiza el acto, sino también al desconocimiento, en el caso concreto, del sujeto o sujetos a los que les fueron entregadas las copias de la escritura.

Finalmente, y como argumento *obiter dicta*, la Sala afirma que la nulidad de la cláusula afectaría a los profesionales que fueron destinatarios del pago, lo que resulta claramente equivocado. Obviamente, la condena a la entidad financiera a devolver al prestatario el importe de los gastos satisfechos por este en aplicación de una cláusula abusiva, no produciría ningún efecto respecto del destinatario de este pago. La estipulación cuya validez se discutía, como el resto del contenido contractual, era eficaz únicamente *inter partes* (art. 1257 del Código Civil).

En la última SAP de Pontevedra sobre el tema, de 28 de marzo de 2017, se matizan pronunciamientos anteriores sobre las consecuencias de la nulidad de la cláusula de gastos. Se insiste en la idea de que son las normas reguladoras de los aranceles notariales y registrales las que contienen la respuesta sobre si es el prestamista o es el prestatario el obligado a su pago. La consecuencia de ello es que, una vez declarada la nulidad de la cláusula (asunto este que se afirma que «no ofrece duda»), tales normas son la clave para estimar o desestimar las pretensiones de devolución de los pagos realizados por el consumidor por este concepto. La novedad de esta sentencia es que razona por separado respecto

de los aranceles notariales y los del Registro de la Propiedad. Resulta lógico, habida cuenta de que unas y otras normas no son totalmente coincidentes. Sobre esta base, se estima parcialmente el recurso de apelación formulado contra la sentencia de primera instancia, que había denegado la devolución de cantidades al consumidor; la sentencia se revoca en el único sentido de ordenar la devolución de las cantidades satisfechas en concepto de gastos de Registro de la Propiedad. La doctrina de esta sentencia con respecto a los gastos derivados de notaría es la siguiente: se sostiene que han de ser abonados por aquel contratante que haya solicitado los servicios del notario y que, en caso de no conocerse ese dato, se aplicarán las normas fiscales correspondientes, siendo el prestatario el que debe hacerse cargo de ellos; la expedición de copias habrá de ser abonada por quien la haya solicitado. La solución es distinta para los gastos registrales, que se entiende que deben ser asumidos por la entidad bancaria, por el sujeto a cuyo favor se inscribe el derecho.

Hay un aspecto de la anterior doctrina que resulta curioso, a saber, que la Sala parece estar eligiendo, de entre los distintos criterios que se contienen en las normas arancelarias de los notarios, aquel que le parece mejor. Recuérdese que la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, sobre arancel de los notarios, dice literalmente que «La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que *hubieren requerido* la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y *fiscales* y, si fueren varios, a todos ellos solidariamente»[20]. Pues bien, ante la ausencia de datos en el procedimiento sobre quién solicitó los servicios del notario, se prescinde de ese criterio; sin embargo, no se acude al del interesado según las normas sustantivas, sino al interesado según las normas fiscales. Conforme a las normas sustantivas, y según el parecer de la propia Sala, serían tanto prestamista como prestatario, pero se aplica directamente, y sin explicación alguna, el criterio del interesado según las normas fiscales. Afirma el tribunal que el segundo criterio fijado en el arancel es un criterio seguro y que supone «imputar los gastos de las escrituras al obligado fiscalmente al pago del impuesto de ellos derivado […], que no es otro que el prestatario» (Fundamento de Derecho quinto).

En cuanto a los honorarios registrales, la norma octava del Anexo II del Real Decreto 1427/1989 señala que «Los derechos del Registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento». Probablemente porque tampoco en este caso había constancia de la persona que presentó la escritura para su inscripción, se declara que el pago de estos gastos corresponde al acreedor hipotecario por su condición de sujeto a cuyo favor se inscribe el derecho. Lo criticable es que ahora —no en cambio en el caso de los aranceles notariales— se desprecian los razonamientos que conducen a atribuir la condición de interesados tanto al prestamista como al prestatario, lo que no resulta coherente.

Además de la Audiencia Provincial de Pontevedra, otras Audiencias Provinciales han acogido ya la decisión de la STS de 23 de diciembre de 2015, declarando la nulidad por abusiva de la cláusula de gastos, formulada con alcance muy general, en préstamos hipotecarios. Pueden citarse en este sentido la SAP de Huelva, secc. 2.ª, de 24 de febrero de 2016, la SAP de Murcia, secc. 4.ª, de 25 de febrero de 2016, y la SAP de Barcelona, 15.ª, de 30 de junio de 2016, así como la SAP de Asturias, secc. 6ª, de 27 de enero de 2017, que declara que «el reintegro de los gastos que se pretende en base a esa declaración de abusividad formal o abstracta, solo podrá ser declarada si la parte que lo insta prueba cumplidamente que los abonados a que se refiere el mismo no le correspondían, sino que eran a cargo de la entidad financiera predisponente, existiendo una repercusión indebida».

En la SAP de Murcia de 25 de febrero de 2016, la Sala admite la dificultad del análisis de la validez de la condición general cuestionada[21], dificultad que deriva «de la técnica empleada en su redacción en la que se acumula en una sola cláusula una amalgama de conceptos cuya naturaleza no es idéntica». La Audiencia confirma la sentencia de primera instancia, que la había declarado abusiva, afirmando que «el carácter abusivo de lo referente a impuestos, aranceles y gastos de formalización del contrato y constitución y cancelación de hipoteca deriva, además de lo dicho por el TS[22], porque la redacción de la cláusula impone su repercusión al consumidor, sin distinción alguna, al comprender todos, lo que incluye también aquellos que por su naturaleza pudieran ser de cargo del empresario o de los que este fuese el sujeto pasivo». Y añade: «El que el Banco en el recurso diga que no es ese el sentido de la cláusula, no excluye la nulidad, porque no puede dejarse la misma al albur de la interpretación, más o menos restrictiva, que la entidad bancaria pueda hacer del alcance de la misma. No se trata aquí de enjuiciar la aplicación de esa cláusula en una reclamación concreta si no si el tenor literal de la cláusula permite una reclamación de gastos desproporcionados. La respuesta es afirmativa y permitiría, en consecuencia, un resultado desmedido, sin que, como dice la SAP de Madrid de 26 de julio de 2013, pueda confiarse la suerte de su aplicación a la decisión eventual o interpretación que en cada momento, según sus intereses o necesidades, pueda el Banco hacer de la misma, bastando con que confiera la posibilidad de que se pudiera llegar a producir una aplicación de ella de un modo abusivo para que deba ser expurgada» (Fundamento de Derecho segundo, apartado a).

También la SAP de Barcelona, secc. 15.ª, de 30 de junio de 2016, se enfrenta a una cláusula de «gastos» muy extensa y de alcance muy general[23]. Al caso no le era de aplicación, por razones de orden temporal, el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, sino la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios de 1984. Este hecho va a resultar crucial: la estipulación debería entenderse abusiva con arreglo al Texto Refundido de 2007 en virtud de lo dispuesto en su artículo 89.3, habida cuenta

de que «tiene por objeto que el predisponente traslade al consumidor gastos derivados del contrato que en principio le corresponde asumir personalmente por mandato legal»; en cambio, conforme al texto vigente en la Ley General en el momento de firmarse el contrato, lo que se consideraba abusivo era «la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley *imperativa* corresponda al profesional» (disposición adicional primera de la Ley 26/1984). Así pues, al no ser la cláusula sobre gastos contraria a norma imperativa, la cuestión era si se podía considerar abusiva al amparo de lo previsto en la cláusula general de abusividad, entonces contenida en el artículo 10 bis de la citada LGDCU. Se entendió que sí con el argumento de que uno de los parámetros esenciales para juzgar la existencia del desequilibrio contrario a la buena fe debe ser lo dispuesto en una norma legal de carácter dispositivo. Creemos que esa razón es suficiente —dice la sentencia— para considerar que la estipulación es abusiva, al no constar que el contrato ofreciera, a modo de contrapartida, alguna concesión que justificara la introducción de la cláusula. En este caso no se había reclamado por el consumidor el reembolso de lo pagado en aplicación de la cláusula, si bien, al igual que en los casos referidos con anterioridad, se hace referencia a su amplitud: «Aunque el contenido de la estipulación es muy amplio y la resolución recurrida ha acordado la nulidad de toda ella, como se solicitaba en la demanda, no creemos que los términos del recurso nos permitan discriminar para analizar de forma separada cada uno de los concretos pactos que la estipulación encierra» (Fundamento de Derecho quinto, *in fine*).

Por último, la SAP de Las Palmas de 6 de julio de 2017 establece que son nulas las cláusulas de los préstamos hipotecarios que atribuyen a los clientes el pago de la totalidad de los gastos de Notaría y Registro, dado que tanto la formalización de la escritura pública ante notario como la inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad se efectúan en exclusivo interés del Banco, por lo que es este quien tiene que correr con los gastos. El Banco debe reintegrar a los clientes, no la mitad, sino todos los gastos que estos hayan abonado por dichos conceptos. La sentencia hace un detenido análisis, por separado, de los gastos notariales y de los registrales (cfr. Fundamentos de Derecho primero y segundo). Por lo que se refiere a los gastos notariales, sostiene que para la determinación del «sujeto requirente», a los efectos de lo dispuesto en la regla sexta del Real Decreto 1426/1989, hay que valerse de presunciones y que «conforme a una elemental máxima de experiencia, la intervención notarial se solicita en la generalidad de los casos por la entidad de crédito, quien envía la minuta en virtud de la cual el notario redactará la escritura del préstamo hipotecario»; se defiende que el «interesado» conforme a las normas sustantivas es el sujeto que se beneficie de la actuación notarial, que en este caso es el prestamista (afirmación que se argumenta detenidamente) y que también posee la condición de «interesado» conforme a las normas fiscales, en la actual interpretación de la Sala Primera del TS. En cuanto a

los gastos registrales, se sostiene que conforme al Real Decreto 1427/1989, «la hipoteca se inscribe a favor del Banco por lo que es el Banco quien debe abonar los derechos de registro». Y añade: «La cuestión no debe enturbiarse con el argumento falaz del interés del prestatario en obtener la financiación. Lo que interesa al prestatario es el préstamo, no la hipoteca, y no puede inferirse un interés en la hipoteca por el solo hecho de adherirse al conjunto negocial».

A modo de conclusión del análisis anterior de las sentencias de las Audiencias Provinciales, que no pretende ser exhaustiva, puede decirse que cuenta con bastante aceptación la idea de que la cláusula de gastos (también en lo referente a los gastos de otorgamiento de la escritura y de su inscripción en el Registro de la Propiedad), es abusiva. Pero es importante advertir, pese a todo, que en la mayoría de los casos el pronunciamiento se refiere a cláusulas de alcance muy general.

No obstante, las Audiencias entienden que la nulidad de la cláusula no supone la devolución automática al prestatario de las cantidades pagadas por estos conceptos, y que, descartada la validez del pacto, hay que estar a lo previsto en los Reales Decretos sobre aranceles notariales y registrales. Ahora bien, las normas que estos contienen referidas al tema están siendo objeto de interpretaciones dispares.

D) Juzgados de Primera Instancia

También los Juzgados de Primera Instancia están aplicando la doctrina de la STS de 23 de diciembre de 2015. Son ejemplo de ello la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vigo de 28 de abril de 2016, la SJPI número 11 de Oviedo de 9 de diciembre de 2016.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vigo de 28 de abril de 2016 sigue fielmente la doctrina sentada hasta ese momento por la AP de Pontevedra (aunque luego matizada): declara la nulidad de la cláusula de gastos, pero rechaza la restitución de lo pagado, reproduciendo los argumentos de aquella y considerando que no se ha practicado «prueba alguna que permita concretar las circunstancias del supuesto, lo que impide que pueda imponerse en la presente una condena dineraria».

Del caso resuelto por la SJPI de Oviedo de 9 de diciembre de 2016 interesa resaltar que, aunque se trataba de una cláusula referida a distintos gastos a cargo del prestatario, había un desglose de los mismos[24]. La sentencia no analiza la abusividad de toda la cláusula, sino únicamente de los apartados sobre los que la demandante solicitaba una declaración de nulidad y el consiguiente reembolso por parte del Banco demandado, entre los que se encontraban los aranceles notariales y registrales.

El Banco argumentaba que la obligación de pago de los aranceles notariales corresponde a los que hubieren requerido la prestación de funciones o

los servicios del notario y, en su defecto, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, lo que estimaba que correspondía al prestatario, al igual que los derechos del registrador. Explicaba el demandado que habitualmente se formaliza ante el mismo notario la compraventa del inmueble a cuya financiación se destina el préstamo, por lo que la prestación de funciones del funcionario público no es solicitada por la entidad financiera, que no interviene en el citado contrato. Su tesis es rechazada por el Juzgado, que sostiene por el contrario que es el Banco el principal interesado en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, al obtener con ello un título ejecutivo con facultades de ejecución privilegiada.

La sentencia declara abusiva la cláusula y condena al Banco a abonar al prestatario el importe de los aranceles notariales y registrales. Entre sus fundamentos jurídicos se incluye la STS de 23 de diciembre de 2015, referida, según el Juzgado, a una cláusula análoga a la debatida (Fundamento de Derecho tercero). Pero en nuestra opinión, tal analogía no se daba: mientras que la cláusula analizada por la STS era ambigua, extensa y general y no mencionaba expresamente los aranceles notariales y registrales de la escritura de constitución del préstamo hipotecario, no puede decirse lo mismo de la declarada nula por abusiva por el TPI de Oviedo, la cual precisaba incluso que correspondían al prestatario los «gastos de la primera copia de la presente escritura para la prestamista y en su caso los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones».

III. ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA QUE ATRIBUYE AL PRESTATARIO EL PAGO DE LOS GASTOS NOTARIALES Y REGISTRALES: CONTROL DE CONTENIDO, CONTROL DE TRANSPARENCIA Y CONTROL DE INCORPORACIÓN

Conviene ante todo advertir que el análisis sobre la validez de las cláusulas no negociadas individualmente que imponen al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario y/o los de su inscripción en el Registro de la Propiedad, exige tener en cuenta no solo las normas sobre control de contenido (es decir, el régimen sobre cláusulas abusivas de los arts. 82 y sigs. TRLCU), sino también el llamado control de transparencia material, y las normas sobre control de incorporación de los artículos 5 y 7 LCGC.

1. Control de contenido

Teniendo en cuenta que cuando los tribunales han declarado la nulidad de la cláusula sobre gastos del préstamo hipotecario lo han hecho por considerarla

abusiva, se comienza por estudiar si la cláusula en cuestión supera o no —y en qué casos— el control de contenido. El análisis se refiere a una cláusula no negociada individualmente que de modo concreto, claro y sencillo imponga al consumidor (en el sentido del art. 3 TRLCU), en un contrato de préstamo hipotecario, el deber de satisfacer los gastos notariales y registrales de la constitución del préstamo. Si la cláusula fuera ilegible, ambigua, oscura o incomprensible, o si el adherente no hubiera tenido la oportunidad real de conocerla al tiempo de celebración del contrato, el juicio de abusividad resultaría innecesario, porque la cláusula se consideraría no incorporada al contrato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7 LCGC.

La cláusula objeto de estudio no encaja en nuestra opinión en el listado legal de los artículos 85 a 90 TRLCU. En particular, no tiene cabida en el artículo 89.3, a cuyo tenor en todo caso tiene la consideración de abusiva «la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario», mandato este que va seguido de la enumeración concreta, pero de carácter ejemplificativo, de una serie de estipulaciones que en la compraventa de viviendas revisten este carácter.

Ahora bien, no puede decirse, propiamente, que las leyes españolas atribuyan al prestamista, ni siquiera en el caso del préstamo hipotecario, el pago de los gastos de la escritura pública ni de la inscripción del derecho real de hipoteca en el Registro de la Propiedad.

No hay ninguna duda de que en el Derecho vigente y al amparo de lo dispuesto en el artículo 89.3 TRLCU, la cláusula que en un contrato de compraventa imponga al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de otorgamiento de la escritura pública, es abusiva[25]. Sin embargo, el caso del préstamo hipotecario no es equiparable a la compraventa, porque mientras que respecto de esta última hay una norma que ordena que los gastos de otorgamiento de la escritura pública sean a cargo del vendedor (el artículo 1455 del Código Civil), nada parecido ocurre con el préstamo hipotecario, tal y como se ha explicado en la primera parte de este trabajo.

La ausencia de norma legal —aunque sea de naturaleza dispositiva— resulta crucial. El vendedor que valiéndose de una cláusula predispuesta altera lo previsto legalmente (en el artículo 1455 del Código Civil), en perjuicio del consumidor, está actuando en contra de las exigencias de la buena fe, alterando el equilibrio contractual previsto en la norma (SERRA DOMÍNGUEZ, 2006, 206). No puede decirse lo mismo, en cambio, del prestamista que, *sin modificar norma alguna*, atribuye los gastos de otorgamiento de la escritura al prestatario, aun cuando sea un consumidor. En este último caso la dificultad puede derivar de que la estipulación en cuestión pase desapercibida para el consumidor; pero esta es una cuestión distinta, que enseguida se retomará, cuando se trate del control de transparencia.

También podría pensarse en el encaje de la cláusula de gastos en el artículo 89.5 TRLCU, según el cual en todo caso tienen la consideración de abusivos

«los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación». Esta norma procede de la vieja Ley de consumidores de 1984 y plantea importantes dificultades interpretativas, aunque hay consenso en cuanto a que su verdadero sentido debe fijarse a partir de lo dispuesto en el artículo 89.4 TRLC, con el que comparte origen. Según este último, es abusiva «La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados». Su significado parece claro: se trata de impedir que el empresario, a través de una cláusula predispuesta, imponga al consumidor una nueva prestación (bien o servicio) distinta de la contratada. Desde esta óptica se interpreta por la doctrina[26] el oscuro número 5 del artículo 89, el cual se entiende referido a un aspecto concreto de esa contratación no solicitada o impuesta de bienes o servicios: el aumento del precio que conlleva. Así las cosas, y en lo que aquí interesa, el artículo 89.5 TRLCU no es aplicable a los aranceles notariales y registrales del préstamo hipotecario, puesto que no pueden considerarse la contraprestación de una prestación adicional. El otorgamiento de la escritura pública es una obligación que integra necesariamente el contrato de préstamo hipotecario (arts. 1258 y 1280 del Código Civil), y no una prestación diferenciada susceptible de ser aceptada o rechazada por los contratantes[27].

En definitiva, y en atención a lo expuesto, la cláusula objeto de análisis no es en sí una cláusula abusiva. No solo no es subsumible en el artículo 89.3, al no imponer al consumidor «gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario», ni en el resto del listado legal, sino que tampoco tiene cabida en el concepto general de cláusula abusiva del artículo 82.1 TRLCU[28]. No se trata de una cláusula que «en contra de las exigencias de la buena fe» cause «en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». Difícilmente puede considerarse contraria a la buena fe una estipulación que recoge un uso muy extendido, mediante la cual se llena un vacío de regulación y que a la postre no hace más que introducir certidumbre sobre cuál de los dos contratantes habrá de hacer frente a los aranceles notariales y registrales. Y, obviamente, el hecho de que la totalidad del gasto recaiga sobre el consumidor, no implica la existencia del desequilibrio al que alude la ley, que no es económico, sino jurídico.

2. Control de transparencia material

Una vez sentado que la cláusula que imputa al consumidor los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario no es intrínsecamente abusiva, procede preguntarse si debe valorarse desde la perspectiva de la transparencia.

Nos referimos al llamado control de transparencia material, que en el ordenamiento español es una creación doctrinal y jurisprudencial[29] construida sobre la base de lo establecido en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas[30]. Este control, distinto de la transparencia formal o control de incorporación, y llamado por ello «segundo control de transparencia» significa que «no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticiamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio» (STS, Pleno, de 23 de diciembre de 2015). Se trata de cláusulas que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

El control de transparencia material —nacido respecto de estipulaciones que influyan en la decisión de contratar— permite que se declaren nulas cláusulas de contenido económico de cuya existencia, alcance y significado no hubiere sido suficientemente advertido el consumidor en la fase previa a la celebración del contrato, que es cuando se forma su decisión de contratar con una empresa determinada. Consecuencia de lo anterior es que el control de transparencia deba hacerse caso por caso y que no pueda extenderse a otros supuestos distintos, ni siquiera referidos a cláusulas con un tenor literal idéntico (ALFARO ÁGUILA-REAL, 2017, 3-4). De ahí las críticas de la doctrina a sentencias que, en el ámbito de una acción colectiva, han declarado la nulidad de condiciones generales por falta de transparencia (DE TORRES PEREA, 2014, 40 y sigs.).

Dejando al margen la cuestión relativa a si resulta o no acertado hablar de cláusulas «abusivas» por falta de transparencia[31], lo que sí ha quedado claro es que para la jurisprudencia este control es aplicable únicamente en contratos con consumidores (STS, Pleno, de 3 de junio de 2016[32] y STS de 30 de enero de 2017, con un voto particular en sentido contrario), en lo que coincide con el control de contenido.

Ahora bien, el control de transparencia material y el control de contenido poseen distinto ámbito de aplicación. Mientras que el control de contenido no es aplicable a «la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida» (art. 4.2 de la Directiva 13/1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), este es, justamente, el ámbito de actuación del control de transparencia: cláusulas que alteran subrepticiamente el equilibrio económico del contrato.

Siendo este precisamente el caso de las cláusulas que atribuyen al prestatario consumidor los aranceles notariales o registrales, ha defendido PERTIÑEZ VÍLCHEZ que estas cláusulas han de valorarse desde la perspectiva de la transparencia (2016, 96 y sigs.).

Pensamos que, aunque no sin dificultades, se puede admitir la posibilidad teórica de que la estipulación que pone a cargo del consumidor los aranceles notariales y registrales derivados del otorgamiento e inscripción del préstamo hipotecario, sea conceptuada (en casos concretos, y nunca de modo general) como no trasparente, porque, si bien es cierto que no versa sobre un elemento esencial del contrato (como ocurre con la cláusula suelo), no puede ignorarse que afecta, aunque de modo bastante tenue, a la carga económica que este representa para el consumidor[33]. Al fin y al cabo, la *ratio* del control de transparencia es evitar que el coste real que el crédito supone para el consumidor resulte incrementado por virtud de cláusulas que le habían pasado desapercibidas.

Sin embargo, hay algo más: el fundamento que habitualmente se invoca por la jurisprudencia para expulsar estas cláusulas del contrato es que la falta de transparencia «trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado» (STS 138/2015, de 24 de marzo)[34]. En la misma línea, se afirma por la mejor doctrina que la buena fe exige transparencia sobre lo que típicamente provoca la decisión del consumidor, y que el valor protegido mediante el control de transparencia es la claridad para la comparación de ofertas en el mercado (MIQUEL GONZÁLEZ, 2011, 727).

Las dudas para aplicar la idea de transparencia material a esta cláusula de gastos provienen precisamente de la escasa relevancia que cabe atribuir a la citada cláusula, a la hora de adoptar la decisión de contratar, por la reducida cuantía de los gastos[35]. No es sensato suponer que la estipulación que impone al prestatario el pago de los aranceles notariales y registrales sea determinante de la voluntad de contratar o no contratar el préstamo por parte del consumidor medio, o lo que es lo mismo, no puede presumirse que, de haberla conocido, el contrato no se habría celebrado[36]. Por otro lado, la atribución de los gastos notariales y registrales al prestatario es muy común, de suerte que no es un elemento que influya en la decisión de contratar con un empresario determinado. Como se ha observado con acierto, la generalización de una determinada condición general o cláusula predispuesta en un ramo determinado del comercio o de los servicios, impide que sea factor de elección, «porque se presenta en todos o casi todos los contratos y sería impracticable, además de estéril, una búsqueda de una oferta sin la cláusula no deseada» (MIQUEL GONZÁLEZ, 2011, 726).

Las anteriores reflexiones no deben oscurecer el dato cierto de que la cláusula sobre gastos de otorgamiento e inscripción en el Registro, en la medida en que sea una condición general de escritura —como habitualmente ocurre—, es probable que pase inadvertida al consumidor, «alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó» (STS de 9 de marzo de 2017, referida a una cláusula suelo).

Ahora bien, desde el año 2014, hay un remedio específico para este problema en el TRLGCU. Nos referimos al artículo 60 bis, a cuyo tenor «Antes de que

el consumidor quede vinculado por cualquier contrato u oferta, el empresario deberá obtener su consentimiento expreso para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal del empresario. Estos suplementos opcionales se comunicarán de una manera clara y comprensible y su aceptación por el consumidor y usuario se realizará sobre la base de opción de inclusión. Si el empresario no ha obtenido el consentimiento expreso del consumidor y usuario, pero lo ha deducido utilizando opciones por defecto que este debe rechazar para evitar el pago adicional, el consumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de dicho pago». En el número 2, dispone el artículo 60 bis TRLCU que «Corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere».

El precepto fue introducido por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, y su número 1 viene a coincidir, casi literalmente, con el artículo 22 de la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores. Hace frente a una práctica que venía siendo objeto de preocupación para el legislador comunitario desde hace años[37] y que se daba particularmente en la contratación en línea de ciertos productos. Ahora bien, el artículo 60 bis tiene un alcance general, siendo aplicable a todos los contratos de consumo (MINERO ALEJANDRE, 2014, 846), si bien es cierto que una parte de su contenido está especialmente pensada para la contratación en línea.

La finalidad del artículo 60 bis TRLCU es clara. A nuestro modo de ver se trata, no tanto de forzar al empresario a cumplir sus deberes de información [en concreto, lo dispuesto con carácter general en el artículo 60.2 c) TRLCU], como de evitar que el consumidor quede vinculado a realizar algún pago derivado del contrato, pero del que no era consciente en el momento de contratar. Téngase en cuenta que el cumplimiento por parte del empresario de sus deberes de información no es una garantía del efectivo conocimiento del contenido de esa información por parte del consumidor, siendo perfectamente posible que le pase inadvertido el deber de efectuar cualquier pago adicional. La solución de la ley es imponer al empresario el deber de obtener el consentimiento expreso del consumidor para este llamado pago adicional, expresión con la que se está aludiendo a cualquier cantidad diferente del precio estipulado. En el caso del préstamo hipotecario encajarían desde luego en el concepto de pago adicional los aranceles notariales y registrales, en el caso de que en el contrato se estipule que son a cargo del prestatario[38].

Consecuentemente, y de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria única de la Ley 3/2014, habrá que entender que los contratos celebrados a partir del 13 de junio de 2014 están sujetos a lo ordenado por el artículo 60 bis TRLCU, de modo que los prestamistas habrán de obtener un consentimiento expreso de los prestatarios de hacerse cargo de los aranceles notariales y registrales derivados del otorgamiento de la escritura de préstamo. Faltando este consentimiento expreso, cuya prueba corresponde al empresario,

el consumidor tiene derecho al reembolso de la cantidad pagada al empresario por este concepto. No así, en cambio, del pago efectuado directamente al notario o registrador,

Por lo que se refiere a los contratos celebrados con anterioridad a 13 de junio de 2014, es preciso preguntarse —retomando el hilo del discurso— en qué casos podrían ser declaradas abusivas por falta de transparencia las cláusulas de gastos. Aplicando al caso lo afirmado por PERTIÑEZ VÍLCHEZ (2017, 23), la clave del asunto es determinar cuál es la información necesaria que debe prestar la entidad de crédito sobre la cláusula de aranceles notariales y registrales para que sea válida.

La conclusión que nos parece correcta es que esta estipulación no podría ser declarada abusiva por falta de transparencia más que en aquellos casos en los que el prestamista hubiera incumplido los deberes de información previstos por la legislación sobre transparencia bancaria que resulte aplicable al contrato en cuestión. Así, tratándose de contratos sujetos a la ya citada OMEH /2899/2011, cuando la entidad de crédito no hubiere entregado al cliente la FIPER, o cuando esta no contuviere la advertencia referida a los gastos de otorgamiento de la escritura de préstamo que figura en el modelo legal, lo que no parece muy probable. De acuerdo con los principios generales, habrá que entender que la carga de la prueba de la entrega de la FIPRE corresponde al concedente del préstamo, mientras que la omisión en ella de la información sobre los gastos notariales corresponde al consumidor. Si se trata de contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la OMEH/2899/2011 o que queden fuera de su ámbito de aplicación y respecto de los que no exista otra normativa sectorial aplicable, habrá que acudir al principio de buena fe que subyace en el principio de transparencia y que, como recuerda MUÑIZ ESPADA está en las bases de la teoría general del Derecho de obligaciones y contratos (2016, 99).

La problemática de la cláusula sobre aranceles notariales y registrales es muy diferente a la que suscitan las cláusulas suelo y por eso no es trasladable a aquella la doctrina jurisprudencial elaborada para estas. No es sensato exigir el mismo nivel de información al empresario en un caso y en otro. La cláusula sobre aranceles notariales y registrales, a diferencia de la cláusula suelo, no precisa de especiales formalidades para que el consumidor medio sea consciente de sus implicaciones económicas. Su comprensibilidad no ofrece dificultad alguna, además de que tampoco aporta, propiamente, una ventaja al predisponente. Sobre los gastos notariales y registrales hay un conocimiento socialmente extendido, de modo que el mero cumplimiento de los deberes legales de transparencia bancaria indicará que el consumidor fue o debió ser consciente de su existencia, alcance y significado[39]. No se precisa ninguna información ni explicación adicional.

Como ya se ha indicado, el grado de transparencia exigible a la entidad de crédito en relación a esta cláusula es el que resulte de las normas legales en vigor en el momento de celebrarse el contrato. Esta idea está recogida de modo

explícito en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en la que, tras aludirse a las novedades en materia de transparencia material, se afirma: «[…] al igual que como sucedió con las modificaciones introducidas en su momento por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, las innovaciones en la fase precontractual, derivadas de la aplicación de esta Ley, no serán de aplicación, salvo a lo que expresamente se atribuya efecto retroactivo, a la cartera hipotecaria concedida. Y no lo serán ni siquiera como parámetro de comparación, en la medida en que nos encontramos ante contratos que se celebraron al amparo de una legislación que determina en su integridad los requisitos de transparencia a los que quedaban sujetos tales contratos».

En definitiva, y por oposición a lo que ocurre con las cláusulas suelo, respecto de las que, como es bien sabido, ni el cumplimiento de los deberes legales de información por el empresario, ni la intervención notarial[40], se consideran garantía de la comprensión real del significado de la cláusula por parte del consumidor, en el caso de la estipulación que impone los aranceles notariales y registrales al prestatario, ocurre lo contrario: no puede estimarse que hay falta de transparencia si se han respetado los deberes legales de información. De ahí que en este caso el llamado control de transparencia material parezca a primera vista superfluo, en cuanto que se identifica con el incumplimiento de los deberes de información que la ley le exige a la entidad de crédito (y que cambian de unos contratos a otros). Sin embargo, la identificación no es absoluta, pues pueden encontrarse supuestos en los que no obstante haberse desatendido los deberes de información de las normas sobre transparencia bancaria, la cláusula de gastos sea transparente. Así ocurrirá cuando el consumidor hubiera efectuado una provisión de fondos a fin de cubrir tales gastos antes de la firma de la escritura pública (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2016, 99). Es claro que de ello se deduce que era consciente, antes de contratar, de que estos gastos eran a su cargo.

3. Control de incorporación

Si bien el de incorporación es el primero de los controles que deben superar las condiciones generales de la contratación, se aborda aquí en último lugar porque la pregunta a la que pretende dar respuesta este trabajo, y que constituye su punto de partida, es la de la posible abusividad de la estipulación que impone al prestatario consumidor los aranceles notariales y registrales.

La conclusión a la que se ha llegado es que no es una cláusula abusiva y que, además, generalmente superará el control de transparencia material (si es que se admite que este control tiene sentido respecto de una cláusula de este tipo). Otra cosa es que supere el control de incorporación, o control de transparencia formal, residenciado en los artículos 5 y 7 LCGC. Según el artículo 5.5

LCGC, «La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez». Por su parte, el artículo 7, apartado b) establece que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales «que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles».

Esto es lo que ocurre, a nuestro entender, en las cláusulas de gastos de alcance general, que son las que se han venido utilizando en los contratos de préstamo hipotecario, y de las que hay buenas muestras en el apartado II.3 de este trabajo, al que nos remitimos. En todas las sentencias allí tratadas, el análisis de la validez de la cláusula se hacía desde la óptica de su posible carácter abusivo, pero las manifestaciones de los tribunales revelan cómo, en opinión de estos, el verdadero problema era la generalidad de la cláusula[41]. A nuestro modo de ver, el fundamento de la nulidad de la cláusula de gastos debió ser que no superaba el control de inclusión. Es lo que entendió la SAP de Alicante, sección 8.ª, al declarar que la cláusula «no supera el control de transparencia (se refería al art. 5.5 LCGC) porque su falta de concreción y de claridad impide conocer cuáles son los específicos gastos o tributos que habrán de soportar los adherentes. Así pues, habrá que declarar su no incorporación […]»[42].

La cláusula predispuesta que de modo absolutamente genérico e indiscriminado hace recaer sobre el prestatario distintos tipos de gastos, valiéndose para ello de fórmulas muy generales (sin perjuicio de que algunos de los gastos se mencionen de modo más concreto, aunque sin intención excluyente), no supera el control de transparencia formal, al ser su redacción ambigua o no concreta. Con ello se impide al adherente conocer sus propios deberes y el eventual carácter abusivo de los que se le han impuesto (GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2000, 191). El problema que plantea esta cláusula, así formulada, no es el de su comprensión (ni en el plano material, ni en el plano formal), sino el de la imposibilidad de valorar su incidencia en la ejecución del contrato. No es que su significado sea dudoso o admita varios sentidos —en cuyo caso habría que aplicar el artículo 6.2 LCGC, que ordena que se interprete a favor del adherente—. Tampoco plantea problemas de comprensión real al adherente medido. Se trata, más bien, de que, al estar redactadas con gran amplitud, hacen imposible que pueda identificar los gastos que habrá de afrontar, y mucho menos aún conocer su importe. Recuérdese que el control de incorporación no tiene como finalidad garantizar el conocimiento de las condiciones generales de la contratación, de modo que no se trata tampoco de asegurar que sus destinatarios las tomen en cuenta a los efectos de adoptar su decisión de contratar (PAGADOR LÓPEZ, 2000, 225). En la cláusula general de gastos el problema consiste en la indeterminación de las obligaciones contractuales del adherente, una indeterminación que, debido a su entidad, no puede resolverse mediante la interpretación a favor del adherente consagrada por el artículo 6.2 LCGC.

Así pues, aplicando las normas sobre control de inclusión se puede declarar la ineficacia de la cláusula (art. 9 LCGC). Es una vía distinta a la que se vie-

ne utilizando por la jurisprudencia, y su régimen jurídico es distinto al de las cláusulas abusivas. De hecho, el control de inclusión no opera únicamente en contratación con consumidores. Según el artículo 2.1 LCGC la ley es aplicable «a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional —predisponente— y cualquier persona física o jurídica —adherente—». Además, el control de inclusión presenta también la ventaja de que puede ser valorado en abstracto, sin atender al perjuicio que pueda causar al consumidor y sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto[43].

IV. CONCLUSIONES

I. A diferencia de lo que ocurre con la compraventa de inmuebles, o con el arrendamiento, no hay en las leyes españolas norma alguna que atribuya a prestamista o prestatario, o que distribuya entre ambos, los gastos de otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario. Tampoco hay una norma general sobre los gastos de documentación del contrato, fuera del artículo 63.2 TRLCU, de cuyo ámbito de aplicación quedan excluidos todos los contratos que por prescripción legal deban de formalizarse en escritura pública.

II. Sí que existen, en cambio, normas dirigidas a establecer, con carácter general, quienes son los sujetos a los que el notario y el registrador pueden exigir el pago de sus honorarios profesionales. La obligación de pago de los derechos del notario «corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente» (Regla sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989). Por su parte, «Los derechos del Registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento…» (Anexo II, norma 8.ª del Real Decreto 1427/1989).

III. Las anteriores normas, que poseen rango reglamentario, facilitan el cobro de los aranceles al notario y al registrador. Protegen los intereses de estos profesionales, al permitirles ignorar las relaciones, acuerdos o instrucciones que existan, en su caso, entre los interesados en la actuación notarial y la persona que la hubiera solicitado, y entre el titular del derecho inscrito y la persona que hubiera presentado el documento para su inscripción.

IV. En el caso del préstamo hipotecario, el notario puede exigir los aranceles a la persona que haya solicitado el otorgamiento de la escritura —que podría no ser ni el prestamista ni el prestatario— o a cualquiera de los contratantes, habida cuenta de la condición de «interesados» de ambos y de la responsabilidad solidaria expresamente establecida en el Real Decreto para el caso de pluralidad de responsables. Y el registrador puede exigir sus honorarios, no solo al

titular del derecho real de hipoteca y al prestatario, sino también a quién haya presentado el documento para su inscripción.

V. Ni prestamista ni prestatario pueden eludir el pago, si les es exigido por el notario o por el registrador, invocando cláusulas contractuales sobre los gastos, las cuales, aun siendo válidas, serán eficaces únicamente inter partes (art. 1257 del Código Civil).

Tampoco el solicitante de la intervención notarial o registral podría oponerse al pago amparándose en su condición de mandatario, puesto que por excepción a lo dispuesto por el artículo 1725 del Código Civil, la legislación notarial y registral le obligan a responder personalmente frente a los profesionales.

VI. Distinto es que el pago de honorarios efectuado a estos profesionales pueda originar una acción del *solvens* frente a otro sujeto, para obtener el reembolso de todo o parte de lo pagado. Así ocurrirá cuando un sujeto distinto del *solvens* se hubiese comprometido con este, internamente, a hacerse cargo de los gastos. Tienen cabida en esta hipótesis, tanto el pacto válido entre prestamista y prestatario, como los casos en que exista una relación de gestión entre el *solvens* y uno o ambos contratantes.

VII. A falta de pacto, ni el prestamista ni el prestatario que satisfaga los aranceles notariales o registrales, tiene derecho a exigir del otro el importe de todo o parte de lo pagado por aquel. Esta es la consecuencia que se deriva de la ausencia de una norma que establezca a cuál de los dos contratantes le corresponde hacer frente internamente a los gastos de otorgamiento de la escritura de préstamo.

VIII. El contenido de la información precontractual que, en lo referente a los gastos notariales y registrales, debe prestar la entidad de crédito, es distinto del de la información que ha de dar el notario. La entidad de crédito se debe limitar a realizar una advertencia referida a que el otorgamiento de la escritura genera gastos que no están incluidos en el coste total del crédito, entre los que se encuentran los notariales. El notario, en cambio, debe hacer saber al prestatario el coste estimado de su intervención profesional.

IX. Además, mientras que los deberes de la entidad de crédito son puramente informativos, los del notario autorizante de la escritura de préstamo son y pueden llegar a ser en un futuro inmediato, mucho más amplios y variados. Los textos legislativos más recientes y las normas en proyecto asignan a los notarios deberes específicos de asesoramiento y de comprobación del cumplimiento de los deberes de información precontractual por parte del prestamista.

X. En referencia al contrato de compraventa, existe una doctrina jurisprudencial consolidada y estable, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, que gira en torno a la distinción entre los gastos de constitución y cancelación del préstamo concedido a la promotora —cuya imposición al consumidor se estima abusiva—, y los gastos de constitución del préstamo concedido al comprador o del que este se beneficia por la vía de la subroga-

ción en la posición de la vendedora —cuya repercusión sobre el consumidor se considera perfectamente válida—.

XI. No puede hablarse, al menos por el momento, de una doctrina jurisprudencial que considere abusiva la condición general que hace recaer sobre el consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario. El Tribunal Supremo no ha declarado abusiva, propiamente, la cláusula que impone al prestatario el deber de abonar los gastos de otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario y los de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Distinto es que se hayan declarado abusivas cláusulas que de modo absolutamente general e indiscriminado le atribuyen muy diversos tipos de gastos.

XII. Para la jurisprudencia menor, la condición general que pone a cargo del prestatario consumidor los aranceles notariales y registrales es una cláusula abusiva. Pero se trata de casos en los que los aranceles notariales y registrales aparecen incluidos en una cláusula de alcance más general.

XIII. En cuanto al efecto de la nulidad de la cláusula, la jurisprudencia menor entiende que su expulsión del contrato determina la aplicación de las normas contenidas en el Real Decreto 1426/1989, sobre el arancel de los notarios, y en el Real Decreto 1427/1989, sobre el arancel de los registradores, si bien tales normas no son interpretadas de modo unánime por jueces y tribunales. En cualquier caso, se debe destacar que, en atención a lo en ellos establecido, la estimación o desestimación de la acción de reembolso de gastos formulada por el consumidor deberá decidirse caso por caso. La determinación del sujeto que requirió la prestación de los servicios del notario o del sujeto que presentó la escritura para su inscripción es una cuestión puramente fáctica.

XIV. Se defiende que la cláusula que atribuye al consumidor el pago de los aranceles notariales por el otorgamiento de la escritura de préstamo y de los aranceles registrales causados por su inscripción no es en sí una cláusula abusiva. Ni es subsumible en el artículo 89.3 TRLCU, al no imponer al consumidor «gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario», ni en el resto del listado de cláusulas abusivas, ni tiene tampoco cabida en el concepto general de cláusula abusiva del artículo 82.1 TRLCU.

XV. En los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad al 13 de junio de 2014, y siempre que la entidad de crédito no demuestre haber obtenido el consentimiento expreso del consumidor para el pago de los aranceles notariales y registrales, este podrá exigir su reembolso del prestamista al que se le hubiesen abonado con fundamento en el artículo 60 bis TRLCU.

XVI. El control de transparencia material no es el camino correcto para obtener la restitución de los aranceles notariales y registrales abonados por el prestatario consumidor. A diferencia de lo que ocurre en el caso de las cláusulas suelo, el cumplimiento por parte de la entidad de crédito de los deberes de información previstos en la normativa sobre transparencia bancaria que sea de aplicación al contrato en cuestión, significa que la cláusula es transparente: el

consumidor habrá sido advertido de su existencia, antes de contratar, bien por la entidad de crédito, bien por el notario, y la cláusula no plantea problemas de comprensión real al consumidor medio.

XVII. Las cláusulas de gastos de alcance general —como la contenida en la STS de 23 de diciembre de 2015— no superan el control de inclusión de los artículos 5 y 7 LCGC y 80. 1 a) TRLCU, pues adolecen de falta de concreción. Consecuentemente, son nulas, pero no por ser abusivas, sino porque se consideran no incorporadas al contrato (arts. 8, 9 y 10 LCGC). Esto vale para todos los prestatarios, sean o no consumidores (art. 2 LCGC).

RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

- STJUE, Sala Primera, de 16 de enero de 2014 (TJCE 2014/7)
- STS de 1 de junio de 2000 (*RJ* 2000/5090)
- STS de 24 de julio de 2002 (*RJ* 2002/6491)
- STS de 15 de abril de 2014 (*RJ* 2014/3122)
- STS de 8 de septiembre de 2014, Sala de lo Civil, Pleno (*RJ* 2014, 4660)
- STS de 23 de diciembre de 2015, Sala de lo Civil, Pleno (*RJ* 2015, 5714)
- STS de 3 de junio de 2016, Sala de lo Civil, Pleno
- STS de 30 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 371)
- STS de 9 de marzo de 2017, Sala de lo Civil, Pleno (*RJ* 2017, 977)
- STS de 8 de junio de 2017, Sala de lo Civil, Pleno (*RJ* 2017, 2509)
- SAP de Cáceres, secc. 2.ª, de 18 de diciembre de 1995 (*AC* 1995, 2397)
- SAP de Barcelona, secc. 16.ª, de 22 de febrero de 2005 (*JUR* 2005, 83224)
- SAP de Valencia, sección 9.ª, de 12 de mayo de 2006 (*JUR* 2006, 260394)
- SAP de Madrid, sección 13.ª, de 18 de febrero de 2011 (*AC* 2011, 847)
- SAP de Alicante, secc. 8.ª, de 12 de junio de 2014 (*AC* 2014, 1136)
- SAP de Pontevedra de 23 de diciembre de 2015 (*AC* 2016, 215).
- SAP de Pontevedra, secc. 1.ª, de 19 de enero de 2016 (*AC* 2016, 1033)
- SAP de Pontevedra, secc. 1.ª, de 7 de abril de 2016(*AC* 2016, 943)
- SAP de Pontevedra, secc. 1.ª, de 28 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 94899)
- SAP de Huelva, secc. 2.ª, de 24 de febrero de 2016 (*AC* 2016, 926)
- SAP de Murcia, secc. 4.ª, de 25 de febrero de 2016 (*AC* 2016, 489)
- SAP de Pontevedra, secc. 1.ª, de 7 de abril de 2016 (*AC* 2016, 1033)
- SAP de Barcelona, secc. 15.ª, de 30 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 196007)
- SAP de Asturias, secc. 6ª, de 27 de enero de 2017 (Ponente:A.E. RODRÍGUEZ-VIGIL
- SAP de Las Palmas, secc, 4.ª, de 7 de julio de 2017 (Ponente: J.J. COBO PLANA)
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vigo de 28 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 125297)
- SJPI de Oviedo de 9 de diciembre de 2016 (*JUR* 2017, 1549).

BIBLIOGRAFÍA

ALBIEZ DOHRMANN, K.J. y CASTILLO PARRILLA, J.A (2015). *Teoría general de obligaciones y contratos*. Granada: Editorial técnica Avicam.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2016 a). Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE. *Revista Cesco de Derecho de consumo*, [En línea], n. 17/2016, 159-168, disponible en: http://www.revista.uclm-es/index.php/cesco.

— (2016 b). Primerísimas observaciones al Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Revista Cesco de Derecho de consumo*, [En línea], n. 20/2016, 42-73, disponible en: http://www.revista.uclm-es/index.php/cesco.

ALFARO ÁGUILA-REAL (2017). ¿Y ahora qué? *Indret. Revista para el análisis del Derecho* [En línea], 1/2017, 1-7, disponible en www. Indret. com.

ÁLVAREZ OLALLA, M.ª P. (2016). Algunos aspectos del Anteproyecto de Ley XX/2016 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Ámbito de aplicación y normas de transparencia. *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil*. N. 10/2016 (BIB 2016/80485), 1-5.

ARROYO AMAYUELAS, E. (2017). La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. *Indret. Revista para el análisis del Derecho* [En línea], 2/2017, 1-44, disponible en www.Indret.com.

ATAZ LÓPEZ, J. (2013). Comentario al artículo 1455 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.) *Comentarios al Código Civil*. Tomo VII. Valencia: Tirant Lo Blanch (10266-10271).

CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*. Cizur Menor: Aranzadi.

— (2017). Las (seis) SSTS posteriores a la STJUE de 21 de diciembre de 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva (Comentario a las SSTS de 24 de febrero de 2017, 9 de marzo de 2017, 20 de abril de 2017 y 25 de mayo de 2017). *Boletín del Colegio de Registradores*, n. 42, 1770-1790.

DE TORRES PEREA, J.M. (2014). Nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de una acción de cesación. *Revista Jurídica Valenciana*, n. 2, 23-62.

FUENTESECA DEGENEFFE, C. (2015). La información al consumidor previa a la celebración del contrato de crédito en la Directiva 2014/17/UE. En: S. Díaz-Alabart (dir.). *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. Madrid: Reus, 127-222.

GARCÍA CANTERO, G. (1980). Comentario al artículo 1455 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.) *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo XIX. Madrid: Edersa, 109-114.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2000). Requisitos de incorporación. No incorporación. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 139-192, y 235-258.

— (2009). Comentario a los artículos 80 a 89. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*. 1.ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 883-1139.

— (2015). Comentario a los artículos 80 a 89. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*. 2.ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 1027-1347.

MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2013). No todas las cláusulas son abusivas en contratos bancarios. *Revista Cesco de Derecho de consumo*, n. 5/2013, 96-102.

MINERO ALEJANDRE, G. (2015). Comentario al artículo 60 bis. En: Comentario a los artículos 80 a 89. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*. 2.ª edición. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 842-854.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2011). Comentario al artículo 82. En: S. Cámara Lapuente (dir.). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Madrid: Colex, 696-753.

MUÑIZ ESPADA, E. (2016). *El deterioro del mercado hipotecario y la necesidad de su reconstrucción. Aportaciones desde el Derecho Europeo*. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.

ORDÁS ALONSO, M. (2014). *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*. Barcelona: Bosch.

ORDELÍN FONT, J.L. (2014). El cumplimiento de las obligaciones por el representante voluntario: notas para una revisión de su concepción dogmática. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 746, 2863-389.

PAGADOR LÓPEZ, J. (2000). Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales. En: U. Nieto Carol (dir.). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Valladolid: Lex Nova, 223-300.

PANTALEÓN PRIETO, F. (2017). 10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato. *Almacén de Derecho*, 12 de marzo de 2017 (disponible en: http://almacendederecho.org/10-tesis-la-falta-transparncia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato. Fecha de consulta: 11 de julio de 2017).

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.

— (2016). Juicio crítico a la declaración del carácter abusivo de la cláusula que en préstamos hipotecarios impone los gastos del otorgamiento de escritura pública, de la inscripción registral y del impuesto de actos jurídicos documentados al prestatario consumidor (a propósito de la STS de 23 de diciembre de 2015). *Revista Lex Mercatoria*, núm. 1, 93-99.

— (2017). *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*. Valencia: Tirant lo Blanch.

RODRÍGUEZ LLAMAS, S. (2011). Comentario al artículo 1455 del Código Civil. En: A. Cañizares y otros (dirs.), *Código Civil comentado*. Volumen IV. Cizur Menor: Civitas, 65-67.

SABATER BAYLE, E. (2016). Cláusula suelo válida. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 8/2016, 1-11 (BIB 2016/80146).

SERRA RODRÍGUEZ, A. (2006). La imposición al consumidor de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en la compraventa de viviendas. En: A. Cañizares Laso (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*. Madrid: Tecnos, 202-232.

VÁZQUEZ MUIÑA, T. (2016). El control de transparencia de las cláusulas contractuales predispuestas. En: Flores Doña, MS. y Raga Gil, JT. (dirs.), *El préstamo hipotecario y el mercado de crédito de la Unión Europea*. Madrid: Dykinson (557-567).

ZURITA MARTÍN, I. (2014). *Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*. Madrid: La Ley.

NOTAS

[1] Sin embargo, otro parece ser el punto de vista de ATAZ LÓPEZ (2013, 10268). Este autor interpreta que, pese a lo dispuesto en el artículo 1455 del Código Civil, el comprador tendrá que pagar la primera copia de la escritura «tan solo si la encarga él, porque si esta es para el vendedor, deberá ser él quien debe asumir el coste de la misma, tal y como, por otra parte, dispone el artículo 63 del Reglamento Notarial». Es decir, que frente a lo que se defiende en este trabajo, no atribuye distinto ámbito de aplicación al artículo 1455 del Código Civil y al artículo 63 RN. A nuestro modo de ver el primero rige entre vendedor y comprador y el segundo entre el notario y el sujeto que solicita sus servicios.

[2] Entre ellos, el concepto de «interesado» con arreglo a las leyes fiscales. En el supuesto de que el interesado fuera el obligado al pago del impuesto, tratándose de un crédito hipotecario, sería el prestatario. El artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados dice que: «Está obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: d) en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el prestatario». Por su parte, el artículo 15 del mismo texto legal aclara que «La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo».

[3] Otros aspectos de estas sentencias pueden verse en el apartado II. 3 C.

[4] Un tratamiento completo de la legislación vigente sobre el tema, puede verse en: ORDÁS ALONSO, M., (2014, 173-200).

[5] Se prescinde, en cambio, de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, sobre préstamos concedidos por empresas que no sean entidades de crédito y que de manera profesional realice dicha actividad con un consumidor, y a la que nos remitimos.

[6] El capítulo II de la OM, integrado por los artículos 19 a 32 contiene las normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios. Dispone el artículo 19.1 que «Este capítulo será de aplicación a los servicios bancarios de crédito y préstamo hipotecario, en adelante préstamos, celebrados con un cliente, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir». Un tratamiento detallado de la OM puede verse en: ZURITA MARTÍN (2014, 55-73).

[7] http://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Folletos/guia_de_acceso_a

[8] Idéntica previsión se contiene en la Ley 2/2009, de 31 de marzo (art. 18)

[9] De estas diferencias se ocupa FUENTESECA DEGENEFFE (2015, 150-156).

[10] Este primer anteproyecto difería la regulación de muchos aspectos importantes relativos a la información precontractual a su desarrollo reglamentario, lo que mereció críticas por parte de la doctrina: ALBIEZ DOHRMANN (2016, especialmente 45, 51 y 71); ÁLVAREZ OLALLA (2016, 4).

[11] Una buena visión global de la Directiva y de los dos anteproyectos, puede verse en: ARROYO AMAYUELAS (2017).

[12] Sobre las cláusulas que en el contrato de compraventa del inmueble hacen recaer sobre el consumidor los gastos de constitución y cancelación de la hipoteca, con anterioridad a la

entrada en vigor del TRLCU, puede verse: SERRA RODRÍGUEZ (2006), La imposición al consumidor de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en la compraventa de viviendas.

[13] Mediante la cláusula sobre cuya validez se discutía se hacían recaer sobre los compradores «todos los gastos e impuestos que se derivan de la constitución y división del préstamo hipotecario»; un préstamo que, según admite el propio Tribunal, «tenía por finalidad facilitar la financiación de la construcción con posible subrogación de los futuros adquirentes de las viviendas (Fundamento de Derecho segundo). Esta fue la razón por la que el TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la promotora-vendedora, quien aducía que la sentencia de la Audiencia —que había apreciado la nulidad de la cláusula por abusiva— hacía extensivo lo dispuesto en el artículo 10. 1 c) 11 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, a supuestos distintos de los comprendidos expresamente en la misma y que el citado artículo había sido infringido, pues se refiere exclusivamente a los gastos derivados de hipotecas «para financiar la construcción», no siendo de tal carácter el préstamo hipotecario en el que se subroga el comprador de la vivienda» (Fundamento de Derecho tercero).

[14] Se ejercitaba en este caso una acción individual. La Sala resuelve que el pago de los gastos de constitución o subrogación del préstamo hipotecario corresponde al comprador, por establecerlo así el contrato. La decisión se fundamenta en el artículo 1091 del Código Civil, considerándose que el citado pacto no infringe el artículo 10 c) 11 de la LGCU de 1984, ni tampoco el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, ya que «de la prueba practicada se infiere que no se trata de un préstamo hipotecario para financiar la construcción de viviendas que como gasto derivado de la preparación de la titulación por naturaleza le corresponde al vendedor, y cuya trasgresión daría lugar a la nulidad, sino de un préstamo hipotecario constituido como forma de pago de parte del precio de la vivienda[…]».

[15] Dice la sentencia que: «El objeto del recurso de apelación queda circunscrito a la valoración de la repercusión sobre el comprador de los gastos de otorgamiento de la escritura pública de compraventa […] (honorarios del notario […]) al amparo de la cláusula del contrato privado de compraventa cuya nulidad postula la parte actora». La respuesta del Tribunal es que no puede ser aceptada la argumentación del comprador, porque si bien es cierto que se había celebrado un contrato de adhesión, no cabe afirmar que la estipulación contractual por virtud de la cual el comprador asumía, entre otros, el pago de los gastos notariales, fuera abusiva, al no encajar en ninguno de los supuestos legales, habida cuenta del carácter dispositivo del artículo 1455 del Código Civil. Y añade: «Es incuestionable también que los gastos derivados del otorgamiento de la escritura de compraventa no pueden ser equiparados a los gastos derivados de la preparación de la titulación […]». Finalmente, como argumento *obiter* se señala que la cláusula en cuestión no supone, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones derivados del contrato de compraventa para las partes, «toda vez que la limitada entidad de los gastos de otorgamiento de la escritura de compraventa en relación con el importe del precio total de compraventa convenido por las partes, impide afirmar que se haya producido un desequilibrio inaceptable entre las prestaciones derivadas del negocio jurídico para comprador y vendedora» (Fundamento de Derecho segundo).

[16] Referida a una cláusula que imponía al comprador los gastos de cancelación de la hipoteca constituida por el promotor sobre la totalidad del inmueble, que fue declarada nula. El comprador demandante, que pagó al contado el precio de la compra de uno de los pisos, solicitaba el reembolso de las cantidades pagadas a la vendedora por este concepto, pretensión que fue estimada.

[17] Esta sentencia declara abusiva la cláusula por la que el comprador del inmueble vino obligado al pago de una parte proporcional de los gastos de constitución y posterior cancelación de la hipoteca que para la construcción de las viviendas había formalizado la entidad vendedora, incluyendo los gastos registrales. Se fundamenta la decisión en la disposición adicional de la Ley de consumidores de 1984, que incluía entre las cláusulas abusivas, la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley imperativa correspondan al profesional; en particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación

de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipoteca para financiar su construcción o su división y cancelación).

[18] Los gastos objeto de debate eran los de constitución y subrogación en los préstamos hipotecarios para financiar la compra; no se trataba de préstamos dirigidos a financiar la construcción del inmueble. Interesa destacar que la formulación de la cláusula sobre cuya validez se discutía era muy general, aunque por los datos que constan en la propia sentencia, no tanto como los de la STS de 23 de diciembre de 2015 a la que más adelante se alude en el texto. En efecto, la cláusula era del siguiente tenor: «Todos los gastos e impuestos que se deriven de la presente compraventa…serán de cuenta exclusiva de la parte compradora… En tal sentido y a título informativo, se significa que los gastos son los siguientes… El comprador satisfará en la parte que le corresponda, los gastos de constitución del préstamo hipotecario sobre la vivienda adquirida siempre que su finalidad única sea financiar la adquisición de la vivienda y/o plaza de garaje y/o trastero, y la parte compradora se haya subrogado en el mismo». La Sala concluye que no puede ser tachada de nula «porque no basta para ello que no hayan podido negociarse individualmente, sino que además es preciso que hubieran causado a las compradoras un desequilibrio importante en sus derechos, lo que sucedería si los gastos que se le hubieren repercutido hubieran sido gastos que por su naturaleza corresponden claramente a la vendedora, como son los relativos a préstamos hipotecarios destinados a financiar la construcción, pero no cuando, como es lógico y justo, tales gastos no derivaron de la financiación de la construcción, sino de la constitución y subrogación en los préstamos hipotecarios para la adquisición o compra de las viviendas que fueron negociados por la vendedora con autorización de la compradora […]» (Fundamento de Derecho cuarto).

[19] Obviamente, la literalidad de la cláusula era distinta en cada uno de los supuestos, pero se trataba siempre de cláusulas extensas y que comprendían diversos gastos, no solo los notariales y registrales. Pero pese a estos aspectos comunes, no todas merecen la misma valoración; de ahí que tenga interés transcribirlas literalmente.

En la SAP Pontevedra de 23 de diciembre de 2015, el tenor literal de la cláusula cuya validez se cuestionaba era el siguiente: «5.1. Serán a cargo de la parte prestataria los gastos suplidos producidos por la obtención de certificaciones y notas simples del Registro de la Propiedad, los gastos y tributos que se causen por el otorgamiento de esta escritura, por la expedición de primera copia y una copia simple para la entidad acreedora, y los derivados de cualquier documento que complemente la presente o que sea preciso otorgar o inscribir para la plena eficacia de la hipoteca que aquí se constituye, incluso las escrituras de cancelación total o parcial de la misma. Se incluyen entre los citados gastos los de Notaría, tramitación y Registro de la Propiedad, así como todos los tributos que ahora o en el futuro graven el capital o los intereses de las operaciones bancarias.

Igualmente, serán de cuenta de la parte prestataria los gastos derivados de la tasación de la/s finca/s que se hipoteca/n, incluso los derivados de las sucesivas tasaciones que, de conformidad con lo previsto en la Estipulación 15.ª, se realicen de la/s finca/s hipotecada/s, los de su conservación, así como los de las primas del seguro de daños e incendios.

También serán de cuenta del cliente los gastos de correo, teléfono, telex u otros medios de comunicación generados por cada operación.

La parte prestataria autoriza en este acto de forma expresa e irrevocable a la entidad prestamista para que cargue en su cuenta el importe de dichos gastos».

En la SAP Pontevedra de 19 de enero de 2016, el texto de la cláusula de gastos era el siguiente: «El prestatario queda obligado a abonar:

Los gastos preparatorios de la operación por servicios de terceros (tasación, comprobación de la situación registral del inmueble) que estuviesen pendientes de pago.

Los gastos notariales y registrales relativos a la constitución, desarrollo, modificación o cancelación del préstamo hipotecario, incluso los de expedición, liquidación fiscal y registro de una primera copia de los instrumentos notariales para la caja y los previstos en el párrafo último del número 2 de la cláusula segunda y en el número 2 de la cláusula sexta bis.

Los impuestos que origine la constitución, desarrollo, modificación o cancelación del préstamo hipotecario.

Los gastos de tramitación ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos.

Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños del mismo.

Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago, incluso honorarios de Letrado y derechos y suplidos de Procurador, aunque no sea preceptiva su intervención.

Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la Caja dirigida a la concepción o administración del préstamo».

En la SAP de Pontevedra de 7 de abril de 2016, el tenor literal de la cláusula era el siguiente: «Son de cuenta de la parte prestataria los siguientes gastos:

a) Gastos de tasación del inmueble

b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca que en esta escritura se constituye, así como los de las actas, solicitudes y asientos correspondientes a las entregas del capital prestado.

c) Los tributos que graven esta operación.

d) Gastos de tramitación de la escritura en el Registro de la Propiedad y la oficina Liquidadora del Impuesto, así como una primera copia liquidada e inscrita en el Registro de la Propiedad para la acreedora.

e) Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como el seguro de daños del mismo a que se hace referencia en el apartado e) de la cláusula 9.ª.

f) Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de Procurador y honorarios de Abogado de que la Caja se valiera, aunque no sea obligatoria su intervención.

g) Los gastos por servicio de envío a domicilio de recibos de préstamo, que se cuantifican en cero euros por recibo.

h) Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la Caja dirigida a la concesión o administración del préstamo».

Finalmente, en la SAP de Pontevedra de 28 de marzo de 2017, la cláusula, en lo que aquí interesa, tenía la siguiente redacción: «Gastos a cargo de la prestataria. Son de cuenta de la parte prestataria los siguientes gastos: b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca que en esta escritura se constituye, así como los de las actas, solicitudes y asientos correspondientes a las entregas del capital prestado; d) Gastos de tramitación de la escritura en el Registro de la Propiedad y la Oficina liquidadora del impuesto, así como una primera copia liquidada e inscrita en el Registro de la Propiedad para la acreedora».

[20] Remarcado de la propia sentencia.

[21] El texto de la cláusula era el siguiente: «Serán de cuenta exclusiva de la parte deudora todos cuantos arbitrios e impuestos derivados de esta escritura, los que graven la finca o puedan crearse durante la vigencia de este contrato, así como los gastos, tales como tasación, gastos y honorarios de los técnicos que puedan intervenir, así como aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca, los derivados de la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y tributos ocasionados por esta escritura, hasta la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, e incluso los que puedan girarse con posterioridad con carácter complementario, y las primas devengadas por la póliza del seguro contra incendios cuyos conceptos podrá satisfacer la Caja por cuenta de los prestatarios si estos no lo hicieren, garantizándose tales sumas con la cantidad consignada en la estipulación octava para prestaciones accesorias.

Igualmente, serán de cuenta de los deudores los gastos de cancelación de la hipoteca y todos cuantos se produzcan a la Caja si para conseguir la efectividad del pago de lo adeudado

hubiera de ejercitarse cualquier acción de procedimiento judicial, incluso los honorarios de Letrado y Procurador que utilizaren, aun cuando no fuera preceptiva su intervención.

Asimismo, se repercutirán los gastos por correo que se puedan originar, incluyéndose en las liquidaciones periódicas que se remitan al domicilio del prestatario y de acuerdo con las tarifas oficiales vigentes en cada momento».

[22] Se está aludiendo a la STS de 23 de diciembre de 2015, la cual se enfrenta, en palabras de la propia Sala, a una cláusula de gastos de tenor similar a la del caso de autos.

[23] «Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación —incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía— y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11.ª. La parte prestataria faculta al Banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previstos en esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula. Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por este con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca, cuando dicho otorgamiento se solicite por el interesado una vez transcurridos tres meses desde la devolución del préstamo. La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos, procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por el incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes, directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama o notariales), así como los derivados por los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de abogado y procurador, aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva. El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al Banco devengarán, desde la fecha en que este las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6.ª, y quedarán garantizadas con cargo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9.ª».

[24] La sentencia no recoge el texto íntegro de la cláusula, sino tan solo aquella parte referida a la pretensión ejercitada por la demandante: aranceles registrales y notariales, impuestos, y gastos de gestoría. La cláusula sobre gastos decía: «Serán de cuenta del prestatario todos los gastos futuros, o pendientes de pago, siguientes: […] b) aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de la primera copia de la presente escritura para la prestamista y en su caso los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificación o cancelación de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos del otorgamiento de la carta de pago, c) impuestos de esta operación, d) gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos».

[25] No era así originariamente. La redacción actual del artículo proviene de la reforma llevada a cabo por la Ley 44/2006, que amplía la enumeración de gastos que no cabía imponer al consumidor en la Ley de consumidores de 1984, recogiendo así algunas opiniones doctrinales. Sin embargo, en lo referente precisamente a los gastos de otorgamiento de la escritura de venta, hubo puntos de vista dispares. Debido a que inicialmente se exigía que la atribución de gastos fuera contraria a una ley imperativa, y dado que el artículo 1455 del

Código Civil no lo es, algunos autores sostuvieron la validez de la cláusula que hacía recaer sobre el comprador todos los gastos de otorgamiento de la escritura. Pero otros defendieron, ya entonces, su carácter abusivo. Recoge esta polémica GONZÁLEZ PACANOWSKA (2009, 1121). La supresión por parte del legislador del requisito del carácter imperativo de la norma que atribuya los gastos pone fin al debate y supone el triunfo del segundo punto de vista.

[26] CÁMARA LAPUENTE (2011, 926-929) y GONZÁLEZ PACANOWSKA (2014, 1341-1348). Esta última apunta, no obstante, otra posible interpretación. El artículo 89.5 podría estar estableciendo el carácter abusivo de una cláusula que pretenda el incremento del precio por razón de elementos que, con arreglo a la naturaleza del contrato, los usos y la buena fe (art. 1258 del Código Civil) deben entenderse comprendidos en el precio fijado para la prestación principal debida (p. 1348). A nuestro modo de ver, esta interpretación no es correcta, porque el precepto está referido, con toda claridad, a *prestaciones adicionales* a la principal.

[27] Así lo defiende, respecto de la compraventa de inmuebles, GONZÁLEZ PACANOWSKA (2015, 1331).

[28] Creemos oportuno transcribir aquí las palabras de ALBIEZ DOHRMANN sobre el procedimiento que debe seguirse para realizar el control de contenido: «El correcto control material o de contenido exige, en primer lugar, que la cláusula no negociada individualmente en los contratos de consumo sea confrontada con alguna de las incluidas en las listas o con alguna de las cláusulas generales que preceden los artículos 85 a 90. Si la cláusula en cuestión coincide con alguna cláusula absolutamente abusiva es nula e ineficaz. Si coincide con una cláusula relativamente abusiva puede aún ser valorada por el operador jurídico al amparo de la cláusula general de buena fe. Si la cláusula objeto de examen no se identifica con ninguna cláusula de las contenidas en las listas 85 a 90, pero está dentro de la cláusula general que preside cada uno de los preceptos, entonces debe ser valorada al amparo de la cláusula general de buena fe. Finalmente, si la cláusula que se valora no entra en las listas, habrá que estar a la cláusula general de buena fe» (2015, 184). En parecido sentido declara la STS de 15 de abril de 2014 que para decidir si una cláusula es o no abusiva, es metodológicamente más eficiente analizar en primer lugar si puede encuadrarse en alguno de los supuestos ejemplificativos que la ley considera abusivos en todo caso, de modo que, en caso afirmativo, se declare su abusividad, y solo en el caso de no ser así se pasará a valorar su abusividad con base en la cláusula general.

[29] CÁMARA LAPUENTE (2006, 184-188) defendió su consagración legislativa por razones de seguridad jurídica. Más recientemente, en el mismo sentido, VÁZQUEZ MUIÑA (2016, 564), siguiendo a PLAZA PENADÉS.

[30] Un buen análisis de este precepto y de su incorporación o no incorporación por los distintos ordenamientos nacionales, y sobre el significado de la no incorporación en el ordenamiento español, puede verse en: CÁMARA LAPUENTE, S. (2006), *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*.

[31] Como dice GONZÁLEZ PACANOWSKA, «allí donde la cláusula no merece reproche de fondo, la sanción no debiera ser la abusividad, por no haber destacado o comunicado una ventaja que en sí misma se considera *lícita y admisible al amparo de la autonomía de la voluntad»* (2014, 1075). Por su parte, afirma ALFARO ÁGUILA-REAL que «[…] la dogmática de las cláusulas predispuestas referidas a los elementos esenciales del contrato es sustancialmente diferente de la dogmática de las cláusulas abusivas. De hecho, solo el requisito de la transparencia enlaza ambas y es un error trasladar las reglas de la Directiva y de la Ley de consumidores desde las cláusulas abusivas (que no pueden modificar el reparto de derechos y obligaciones que resulta del Derecho dispositivo) a las cláusulas predispuestas referidas a los elementos esenciales del contrato (equilibrio de las prestaciones). En particular, la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas tiene una función disuasoria que no tiene la nulidad de las cláusulas predispuestas referidas a los elementos esenciales que se incorporan al contrato de forma no transparente» (2017). Por su parte, PANTALEÓN PRIETO (2017) afirma que la falta de transparencia (material) de las cláusulas que se refieren a los elementos esenciales del contrato es una cuestión completamente distinta de la cuestión de la abusividad.

[32] En el Fundamento de Derecho cuarto se dice que «[…] este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de condiciones generales de la contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el artículo 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados». Y acto seguido concluye: «Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor». En contra de esta doctrina, SABATER BAYLE (2016, 10).

[33] Como ha establecido la STJUE, Sala Primera, de 16 de enero de 2014, la existencia de un desequilibrio importante no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para este en relación con el importe de la operación de que se trate.

[34] Confróntense, no obstante, las recientes opiniones sobre el tema de CÁMARA LAPUENTE, quien afirma que la STS de 9 de marzo de 2017 «elude insistir en ese fundamento genérico del desequilibrio por privar de la oportunidad de comparar (lo diluye) y centra la justificación en su carácter sorprendente para el consumidor y en el menoscabo de su consentimiento, sobre la base de la distinción doctrinal entre la mera adhesión al contrato con condiciones generales y el auténtico consentimiento a los elementos esenciales del contrato aunque estos se encuentren predispuestos» (2017, 1780). No obstante, el propio autor reconoce que el razonamiento se recupera en la posterior STS de 25 de mayo de 2017 (nota 29).

[35] Según datos de la OCU, el gasto de inscripción en el Registro de la propiedad es de alrededor de 100 euros para una hipoteca de 100.000 (*Dinero y Derechos*, n. 161, julio-agosto de 2017, 7).

[36] Distinta es la opinión de PERTIÑEZ VÍLCHEZ, quien sostiene que el consumidor tendrá en consideración los gastos a la hora adoptar su decisión de concertar el préstamo (2016, 97).

[37] En la propuesta de Directiva de 2008 ya aparecía. Los antecedentes pueden consultarse en: MINERO ALEJANDRE (2014, 844-845).

[38] No debe confundirse la norma del artículo 60 bis TRLCU —que regula los pagos adicionales— con la norma del artículo 89.5 TRLCU, de la que se ha tratado anteriormente en el texto —referido a las prestaciones adicionales—. Son cosas distintas, de modo que no hay solapamiento alguno entre ambas. Distinta es la opinión de GONZÁLEZ PACANOWSKA (2014, 1348).

[39] El argumento fue utilizado en el voto particular de la STS de 8 de septiembre de 2014.

[40] Véase, no obstante, la STS de 9 de marzo de 2017, en la que se afirma que «[…] en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia (Fundamento de Derecho segundo, apartado 5). Entre los argumentos que tiene en cuenta esta sentencia para considerar lícita la cláusula suelo está que «la notaria que autorizó la escritura, expresamente advirtió a los contratantes de la cláusula de variación del tipo de interés». En la posterior STS de 8 de junio de 2017, se considera en cambio que, aunque la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y transcendencia de la cláusula suelo en los supuestos en los que se ha suministrado una previa información precontractual adecuada, esta intervención no puede, por sí sola, sustituir dicha información.

[41] La SAP de Pontevedra de 19 de enero de 2016 afirma que debido a su «redacción abierta y con vocación omnicomprensiva», la estipulación, precisamente por ello, resulta desproporcionada (Fundamento de Derecho quinto); la SAP de Pontevedra de 7 de abril de 2016 declara: «entendemos que por su generalidad constituye una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante» Fundamento de Derecho segundo); también la SAP de la misma Sala de 23 de diciembre de 2015 alude a la generalidad de la cláusula, que pone a cargo exclusivo de los prestatarios, sin ninguna limitación, los gastos generados por el otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca (Fundamento de Derecho segundo). E igualmente la más reciente de 28 de marzo de 2017. En la doctrina, MARTÍNEZ ESPÍN (2012, 100).

[42] En la doctrina, MARTÍNEZ ESPÍN (2012, 100). El autor, en referencia a una determinada cláusula de gastos, y tras concluir que es abusiva, añade: «En segundo término, y tal y como resulta de lo ya expuesto, la cláusula no cumpliría tampoco los requisitos de claridad y concreción del artículo 5.5 de la LCGC, resultando por el contrario oscuras y ambiguas en los términos del artículo 7.7 del mismo texto. No queda claro, con todo, si es una opinión del autor o si está reproduciendo los argumentos de alguna sentencia.

[43] De las diferencias entre el control de inclusión y el control de transparencia material se ha ocupado recientemente PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017, 87-93).

(Trabajo recibido el 19-7-2017 y aceptado para su publicación 4-10-2017)

DICTÁMENES Y NOTAS

Pasado y futuro del albaceazgo

Past and future of testamentary executor

por
JUAN ÁLVAREZ-SALA WALTHER
Notario

RESUMEN: Pocas instituciones en Derecho civil tienen un alcance tan elástico como el albaceazgo. Su importancia puede ser mínima o máxima, desde jugar un papel insignificante a tener como 'factotum' el máximo protagonismo en la sucesión. El cometido del albacea tropieza con frecuentes obstáculos legales, pero mediante un planteamiento menos rígido del sistema de legítimas y del beneficio de inventario, el albacea pasaría a ser (como en el modelo anglosajón o alemán) la pieza clave de la sucesión.

ABSTRACT: Few civil law institutions have such a flexible scope as the position of executor. They can be of the minimal or outmost importance: they can play an insignificant role or, on the contrary, be the principal star as nominee of the estate. The role of the executor encounters frequent legal hurdles, but through a less rigid approach of the system of compulsory inheritance and benefit of inventory, the executor would become (as in the Anglo-Saxon or German model) the inheritance key element.

PALABRAS CLAVE: Albacea. Albaceazgo. Ejecutor testamentario. Sistema sucesorio. Herederos forzosos. Legítimas. Responsabilidad por deudas de la sucesión. Beneficio de inventario. Partición de la herencia. Venta de bienes hereditarios. Facultades legales típicas del albacea. Mandato testamentario. Carácter personalísimo del testamento. Certificado sucesorio europeo.

KEY WORDS: Executor. Testamentary executor. Inheritance system. Legal mandatory heirs. Legal mandatory inheritance rights. Responsibility in front of inheritance debts. Limited responsibility in front of inheritance debts. Inheritance distribution. Sale of inheritance assets. Legal standard empowerment of testamentary executor. Testamentary empowerment. Personal nature of will. European certificate of succesion.

SUMARIO: I. EL MODELO DE ALBACEAZGO SEGÚN EL SISTEMA SUCESORIO.—II. EL DÉFICIT REGULATORIO DEL CÓDIGO CIVIL. —III. LAS BARRERAS OPERATIVAS.—IV. PERSPECTIVA DE FUTURO.

I. EL MODELO DE ALBACEAZGO SEGÚN EL SISTEMA SUCESORIO

Hace unas semanas vino a la Notaría un amigo de hacía tiempo. Me anunció que quería hacer testamento. «*Un testamento sencillo* —dijo—*: tengo dos hijos de mi primer matrimonio, ambos ya mayores y económicamente bien situados, con un piso cada uno, cuyo precio, en buena parte, además se lo pagué yo. Con quien tengo que cumplir ahora es con mi segunda esposa, de quien no he tenido hijos. Mi patrimonio es modesto: el piso en que habito con ella, todavía hipotecado, y un chalet en la sierra, libre de cargas. Como ella sola no podrá seguir con la hipoteca cuando yo me muera, lo que quiero es que se venda el chalet de la sierra para pagar la hipoteca, adjudicándole a ella el piso, y el dinero que sobre de la venta, después de extinguida la hipoteca, que se lo repartan mis hijos. El problema es que uno de mis hijos no se lleva bien con mi actual esposa, pero me he enterado de que puedo nombrar* (y puso un gesto así, extraño, como para pronunciar una palabra rara, como si fuera una especie de sortilegio) *un albacea, alguien que se ocupe de todo y… ¡santas pascuas! Eso es lo que yo quiero. Un albacea. Tú me explicarás qué significa, pero se puede, ¿verdad?…*».

Si mi amigo hubiera sido inglés o alemán, incluso catalán, su testamento hubiera sido cosa sencilla, desde luego, igual que su voluntad clara y simple. Lo difícil era explicarle: «Tú tienes un problema con tu testamento y es que eres de Valladolid».

Efectivamente, en todos los territorios españoles en que rige el Código Civil, el albacea, lejos de ser un quitapesares, es más bien, al contrario, fuente de problemas y complicaciones. Una figura ambigua surgida en la evolución histórica del Derecho de Sucesiones por una especie de efecto colateral, si se me permite esta terminología tan manida para justificar el resultado de los conflictos bélicos (que no dejan de ser también a menudo conflictos territoriales particionales).

El albaceazgo ha sido históricamente el artilugio para eludir el orden legal imperante en la sucesión. Como todos los trucos, tiene por eso mucha ambigüedad. También se ha dicho que la indefinición del albaceazgo en nuestro Código deriva de su falta de entronque con el Derecho romano que inspira, en general, nuestro Derecho sucesorio, aunque en Roma el mismo resultado se conseguía a través del fideicomiso bajo la fórmula codicilar de un ruego (*rogo, peto, fidei tua commito*), que era el modo de favorecer por una vía indirecta a las personas afectadas en Roma por alguna incapacidad sucesoria, como la que clásicamente se aplicó, por ejemplo, a las mujeres y a los peregrinos (es decir, los extranjeros), y también, en la época de Augusto (que estaba, al parecer, obsesionado por el descenso de la natalidad), a los solteros y a los casados sin hijos (los *orbi*), salvo que tuvieran la dispensa del *ius liberorum*, es decir, que estuvieran dispensados por el Emperador del deber de tener hijos para poder heredar.

Esa ingeniería sucesoria —diríamos hoy— para burlar prohibiciones legales explica también los orígenes de la ejecución testamentaria en Inglaterra. La propiedad de la tierra estaba vinculada históricamente por un determinado orden sucesorio, inalterable, que eran los mayorazgos. De los inmuebles no se podía disponer por eso *mortis causa*. Todavía hoy el término en inglés con que se denominan los inmuebles, *real estate* o *real estate property*, hace referencia a una propiedad bajo un estatuto jurídico-real, a diferencia de los bienes muebles (o, en general, los bienes no inmuebles, incluidos créditos y derechos de todas clases), denominados, por el contrario, bienes personales o *personal property*, propiedad personal, por ser una propiedad vinculada solo a la persona, sus bienes personales o individuales. Por testamento se podía disponer así solo de los bienes personales, pero no de los inmuebles, cuya herencia estaba vinculada a un orden estatutario preestablecido que era el mayorazgo. Para conseguir la transmisión de un inmueble después de la muerte, eludiendo las reglas del mayorazgo, se acude entonces al artilugio de una supuesta transmisión *inter vivos* en favor de un fiduciario, un *trustee*, encargado de entregar los bienes, cuando muera el transmitente, a determinados destinatarios. Se trataba de un encargo basado en la confianza. Por eso era un *trust*, aunque más adelante la ley terminará atribuyendo a los beneficiarios una acción judicial para exigir su cumplimiento. Lo curioso es que esta forma indirecta de transmitir *mortis causa* los inmuebles a través de un intermediario se repite, por efecto reflejo, también en el testamento, quizá porque lo lógico era volver a encargar a la misma persona, pero ahora, sí, en el testamento, la entrega de los demás bienes (no inmuebles), la *personal property*, a los beneficiarios. A quien se le da este encargo en el testamento se le denomina, por ello, *personal representative*, es decir, representante personal o encargado de la propiedad personal. Tras la abolición de los mayorazgos, la actuación de ese encargado o ejecutor testamentario deja de estar ya limitada solo a la propiedad personal, y puede también extenderse (desde la *Land Transfer Act* de 1897) a los inmuebles. Por

eso en inglés los términos *personal representative* o *executor* se emplean hoy indistintamente.

El ejecutor testamentario pasa a ser entonces el gran protagonista de la sucesión, con un poder de actuación que alcanza a todos los bienes en general, tanto muebles como inmuebles. Ya no tiene las manos atadas por ninguna regla. Solo necesita la adveración por un tribunal del testamento en que se contiene su nombramiento, y esa corte judicial o tribunal que lo nombra, que es la *Court of Probate*, a la que incumbe (como su nombre indica) la prueba o comprobación de la autenticidad del testamento, procede a emitir entonces un certificado (*grant of probate*) que sirve como título de legitimación en el tráfico, de modo que el ejecutor testamentario inglés, sin necesidad de ningún consentimiento ulterior de los herederos ni del juez, queda investido de plenos poderes para llevar a cabo su misión, que es liquidar la herencia y entregar el remanente a los beneficiarios que corresponda según lo establecido en el testamento. Es así el liquidador plenipotenciario de la herencia, de una herencia que está en liquidación. Por eso él es el protagonista, no los herederos, que pasan a tener un papel secundario, con una posición meramente pasiva o expectante, a la espera de la liquidación que resulte, como simples beneficiarios del posible remanente. Lo importante es la actuación del ejecutor testamentario. La sucesión no puede concebirse sin él, sin liquidador. Tan es así que si no hubiera testamento (por tratarse de una sucesión intestada) o hubiera un testamento en el que faltase el nombramiento de un ejecutor, o coincidiera con el beneficiario mismo de la herencia, el propio juez proveería entonces a su designación dotándole de la carta o documento de habilitación para la administración o ejercicio del cargo (la denominada *letter of administration*).

La prioridad tras la muerte es resolver cuanto antes las cuestiones pendientes del difunto. Aquí se demuestra el sentido práctico de la mentalidad inglesa. La herencia se entiende como un problema liquidatorio. Lo más importante, en interés de todos, es aclarar rápidamente las cuentas, poner blanco sobre negro para poder liquidar el activo y el pasivo, a fin de entregar a los herederos lo que resulte.

Esa prioridad liquidatoria, en cambio, no se daba en el Derecho romano. La muerte no planteaba tanto esa necesidad. La prioridad era otra. De tipo religioso. Asegurarse de que alguien continuara el culto de los antepasados en lugar del difunto, alguien que ocupara su lugar (*successio in loco et in ius*) como un continuador del causante, sucediéndole en esos deberes religiosos y, por lógica derivación, también en todos sus bienes y obligaciones patrimoniales. La herencia no era, por definición (como en el sistema inglés), un patrimonio en liquidación. No había necesidad de liquidar la herencia, pues el heredero sucedía en la universalidad del patrimonio del difunto, adquiriendo *per universitatem* todos sus bienes y sus deudas. Por virtud de esa *successio in universum ius* quedaba el heredero obligado a responder personal e ilimitadamente de las

deudas del causante y de las cargas de la herencia o el pago de legados, de modo que sobraba encargar a nadie más la ejecución del testamento. Habiendo heredero, no hacía falta ejecutor testamentario, pues esa función la cumplía el propio heredero, único protagonista de la sucesión, sin nadie que se le antepusiera o interpusiera en el proceso sucesorio.

Pero con la caída del Imperio romano y la invasión de los pueblos bárbaros, se impone un nuevo orden sucesorio en Occidente, gobernado por las costumbres germánicas, un Derecho consuetudinario en el que no tiene ya cabida el testamento, que pasa a ser una institución inaplicada o incluso con el tiempo desconocida, cuya práctica desaparece durante siglos. No es necesario el testamento, porque al heredero lo nombra Dios (*nur Gott, nicht der Mensch, macht den Erbe*), aunque ello no quita que una parte de sus bienes deba enterrarse con el muerto (el *Totenteil*) para que le sirva de ayuda en el mundo de ultratumba, como la espada y el yelmo o la mejor cabeza de ganado (la *Besthaupt* —probablemente la de su caballo—), o incluso, si bien se mira —según el párroco—, en sustitución de todo eso, con mejor resultado, probablemente, en beneficio de su espíritu, una ofrenda por su alma, la *portio animae*, *pars Christi* o legítima eclesiástica, de hasta una quinta parte, el quinto para el alma, por sufragios y exequias o en obras piadosas que cabe encomendar a la Iglesia. Como medio de ordenar ese donativo y designar quien lo reclame frente al heredero sí se necesita entonces un testamento. Un testamento y un ejecutor del testamento, capaz de enfrentarse al heredero. Ese ejecutor testamentario opuesto al heredero es una creación eclesiástica. Un cargo que, a falta de persona designada por el testador, puede corresponder incluso al Obispo. La ejecución testamentaria se convierte en una materia sometida a la jurisdicción eclesiástica. Se forja así una regulación extraña de origen canónico, luego incrustada en nuestro Derecho sucesorio, sin entronque con la tradición romana o germánica, de la que va a salir una figura un poco coja o de poco encaje, a la que se le denomina con una palabra en castellano también un tanto extravagante, de origen árabe, curiosamente, *al wazi* o alguacil… albacea.

Cuando más tarde se seculariza el albaceazgo y pierde sus oropeles canónicos, ya en pleno siglo XIX, con la Novísima Recopilación y el Decreto de Unificación de Fueros de 1868, el régimen que finalmente pasa a nuestro Código Civil acusa, por ese arrastre histórico, probablemente un exceso de recelo anticlericalista y animadversión contra los albaceas. Prueba de ello es la cicatería del Código a la hora de reconocerles facultades o asignarles competencias. El resultado es una figura ambigua (ya lo hemos dicho) con una regulación escasa en la que, por la indefinición del Código, contrasta la laxitud del concepto de albacea frente a la parquedad de su cometido. La nimiedad de sus tareas en el Código no se corresponde con las posibilidades de su desarrollo testamentario. Por eso, la importancia del albacea puede ser máxima o mínima. Pocas instituciones en Derecho civil presentan un contenido tan elástico. Asombra que pueda

haber una figura tan proteica. El albacea puede ser casi todo y casi nada. Desde actuar casi como un factótum de la sucesión a jugar un papel insignificante.

II. EL DÉFICIT REGULATORIO DEL CÓDIGO CIVIL

Ese protagonismo tan dispar del albacea responde, en realidad, a un *déficit* regulatorio. Lo que demuestra es que el posible desarrollo testamentario del albaceazgo tiene un marco normativo demasiado estrecho. Como dijo GONZÁLEZ PALOMINO, el albacea del Código casi solo sirve para «*dar buenos consejos*». Cuando se plantea cualquier controversia acerca del alcance de sus facultades, el Código se queda corto. Por eso la discusión ante los tribunales ha consistido con frecuencia en la búsqueda de argumentos que den cobertura a los albaceas cada vez que su actuación no cuenta con suficiente apoyo explícito en el testamento. El problema es que la supletoriedad del Código no sirve para resolver esas dudas u omisiones testamentarias. La normativa legal resulta insuficiente o contradictoria. Para salir de este impás la doctrina ha hablado entonces de unas *facultades naturales* inherentes al cargo de albacea. Cuáles sean, sin embargo, queda en una nebulosa.

Una confusión que empieza por las medidas precautorias que deben tomar los albaceas sobre el caudal relicto, aunque con intervención (dice el artículo 902 para mayor aturdimiento) de los herederos presentes. No se entiende bien en qué consiste entonces esta función de los albaceas. El Código no llega a atribuirles, como es sabido (a diferencia de otros Códigos extranjeros), la administración de la herencia, que reserva, parece, a los propios herederos aun antes de su aceptación (en el artículo 990). No queda claro cómo deba resolverse entonces esa problemática concurrencia de albaceas y herederos para asegurar la conservación de los bienes hereditarios. VALLET hablaba aquí de una «*coposesión analíticamente integradora o impropia*», lo cual no nos resuelve tampoco mucho. Algunos de los primeros comentaristas de nuestro Código Civil, como MUCIUS SCAEVOLA y MANRESA, indicaron que el albacea tenía una posesión natural o una posesión transitoria de los bienes relictos, que comportaba, entre otras, la facultad provisoria de guardar bajo llave dinero y papeles, depositar valores, sembrar las tierras y recoger o almacenar las cosechas pendientes, es decir, proveer por lo menos a lo más inmediato.

Entre esos papeles del difunto, conforme a una interpretación actual, debieran probablemente incluirse hoy también los mensajes de correo electrónico y, en general, los archivos guardados en el disco duro del ordenador. No sé si esta función, a veces tan comprometida, entra o no dentro de las facultades naturales del albacea. Lo cierto es que la lucha sucesoria por el control de un ordenador portátil puede ser, en ocasiones, determinante para conocer las claves de localización de activos u otro aspectos relevantes de la herencia, como en el pleito

archimillonario, tras la muerte del novelista sueco STIEG LARSON, el autor de la famosa obra *Millenium*, abierto entre sus herederos y su pareja de hecho, la mujer con quien vivía, excluida del abintestato por no estar formalmente casada, pero que, por su derecho al mobiliario doméstico compartido con el difunto y a ser nombrada albacea, conforme a la legislación sueca, dada su relación análoga a la conyugal, pretende hoy retener, precisamente, un ordenador portátil en el que se guarda, al parecer, la continuación incompleta o fragmentaria de uno o varios volúmenes más de ese exitoso *best seller* mundial.

La discutible legitimación del albacea para abordar menesteres de lo más variopinto se ha tratado de justificar otras veces comparándolo con una especie de *alter ego* del difunto, capaz incluso de algo casi sobrenatural como es que alguien adopte una hija después de muerto. Ocurre en una sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1982, en que un albacea, con una instrucción testatoria tan genérica como «*cumplir y pagar obligaciones legítimas*» y realizar «*todo tipos de actos judiciales y extrajudiciales*», hace el insólito papel de adoptante por cuenta del difunto, otorgando una escritura de adopción, convalidada por el Tribunal Supremo, que, naturalmente, vino, al cabo, en aquel caso, a trastocar por completo el orden sucesorio.

Esta capacidad «cuasigenésica» del albacea cabe entreverla hoy también detrás del artículo 9.º de la polémica Ley de Reproducción Asistida, que plantea el interrogante de si cabe encomendar por testamento a un albacea la facultad de decidir sobre la custodia y utilización de los materiales genéticos crioconservados del difunto. La verdad es que la participación del albacea en la generación no ya de una persona física pero sí de una persona jurídica, como el caso de una fundación, se ha dado desde tiempo inmemorial en el Derecho sucesorio. Velar por la memoria del difunto es también, curiosamente, misión del albacea, legitimado para el ejercicio de las acciones en defensa del honor, la intimidad o la imagen de la persona fallecida, según el artículo 4.º de la Ley Orgánica de 1982.

Pero hay muchas más tareas que pueden corresponder al albacea, como la propia administración de la herencia con exclusión de los herederos. Ese albacea administrador de una herencia comprensiva eventualmente de un paquete de acciones o participaciones en una sociedad mercantil, estaría legitimado para asistir y votar en la Junta de socios, incluso autodesignándose administrador de la sociedad cuyo capital sea un activo hereditario, siempre que su cargo de administrador sea tan transitorio como el de albacea o, por lo menos, no irrevocable como consecuencia de la confrontación de intereses en la partición. En otros casos, como una ampliación de capital con renuncia al derecho de suscripción preferente o la disolución, fusión o escisión de la compañía cuyo capital sea parte integrante de la masa hereditaria, la legitimación del albacea para votar en Junta podría ser igualmente dudosa de entenderse ese acuerdo, en el fondo, como un acto más que de administración, casi de verdadera disposición sobre

bienes hereditarios. Ese albacea con facultad de administrar la herencia podría quizá también, discutiblemente, gestionar una propiedad intelectual o industrial integrada en la sucesión. El albacea puede llegar incluso a estar autorizado para algo tan decisivo como interpretar la propia voluntad del testador. Pero la atribución de todas estas facultades, no asignadas legalmente, habría de quedar siempre, necesariamente, fundada en el propio testamento.

Enseguida se comprende la dificultad de conseguir en la práctica que esa versatilidad del cargo de albacea tenga suficiente cobertura testamentaria. Sobre todo teniendo en cuenta la fórmula de apenas dos líneas con que suele despacharse su nombramiento en los protocolos notariales, mediante la sencilla cláusula de «*nombra albacea con todas las facultades legales a don fulanito de tal*», como si el nombramiento de un albacea fuera similar al de un administrador en una sociedad mercantil, que sí tiene, en cambio, por ley, un poder de actuación suficiente para operar en el tráfico. Todo lo contrario de lo que sucede con el albacea, que, por ley (es decir, por virtud del Código Civil), no tiene casi poder ninguno o solo anecdótico.

En una futura reforma del Código quizá fuera planteable que al albacea, por el solo hecho de su nombramiento, le correspondiera *ex lege* un paquete de facultades suficientemente amplias conforme a un repertorio legal preestablecido, de modo que la autonomía testamentaria, de querer ejercitarse, fuese más bien en sentido negativo, para rebajar ese estándar legal o modificarlo, en su caso, con la adición de alguna otra facultad excepcional. El problema es ponerse de acuerdo sobre cuál deba ser el contenido de ese repertorio, que debiera alcanzar por lógica, al menos, a la administración de la herencia y su liquidación, incluida la posibilidad de vender bienes en la medida necesaria para pagar deudas, porque pagar está antes que heredar.

También es cierto que esos albaceas con un repertorio de facultades liquidatorias suficientemente amplias convertirían a los herederos en meros beneficiarios de una herencia en liquidación. Al no ser ellos los responsables de la liquidación, acaso tampoco debieran responder personalmente de las deudas sociales, sino hasta el límite de su adjudicación, con una especie de beneficio legal de inventario. En el actual momento histórico en que más de media España está hipotecada con una deuda que supera con frecuencia el valor de los pisos adquiridos durante la burbuja inmobiliaria como vivienda familiar y casi único activo de la herencia en la mayoría sociológica de los casos, podría ser especialmente útil que el beneficio de inventario sucesorio tuviera una aplicación mucho más generalizada que la actual, con extensión, al menos, por antonomasia, al supuesto de haberse atribuido la competencia para la liquidación de la herencia no al heredero sino a un albacea, pero no creo que los poderes financieros vieran con tanta simpatía una medida que pusiera en peligro el carácter, en principio, transgeneracional de las deudas hipotecarias de las familias españolas.

Lo cierto es que la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, en el marco regulatorio del Código Civil, no ha pasado nunca de ser un *desiderátum*, carente de operatividad práctica, bajo un expediente mal regulado y peor resuelto por los tribunales, malogrado las más de las veces por su sujeción a un formalismo excesivo y a unos plazos preclusivos demasiado cortos, cuando no por la espada de Damocles que pende en todo momento sobre la gestión de la herencia beneficiada por el riesgo de malinterpretarse cualquier acto como una aceptación tácita que pondría fin al beneficio de inventario. La fragilidad del beneficio de inventario por falta de una articulación simplificada sigue siendo una asignatura pendiente, pese a su actual tramitación bajo competencia notarial, en lugar de judicial, pero por medio de un expediente consistente todavía, tras la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, en una carrera de obstáculos.

Con la simple acreditación del cargo de albacea, investido legalmente de un repertorio de facultades típicas, sin tener que enumerarlas (como tampoco hace falta transcribir las facultades de los administradores de una sociedad), se trataría de conseguir, en cierto modo, un resultado análogo, como ocurre en la práctica anglosajona, al certificado de nombramiento (el *grant of probate*) del ejecutor testamentario inglés: «*Mire, es que yo soy el* 'executor' *del difunto: aquí está el certificado de mi nombramiento… Ah, pues sí, pues muy bien, pues… adelante*». Y no como aquí, que si alguien nos dice que es el albacea, habría necesariamente que responderle: «*Albacea, sí, pero en su caso, eso ¿qué significa?, ¿qué pone en el testamento?, ¿qué dice el Código?* (o incluso) *¿qué opina la jurisprudencia?*».

No sé si somos conscientes los notarios de lo inútil o conflictiva que resulta, aunque esté tan generalizada en la práctica, esa simple designación del albacea atribuyéndole todas las facultades legales, que es casi como no darle nada o unas funciones, en todo caso, muy confusas. Más de un cliente al salir de la Notaría, con su escritura bajo el brazo, se marchará tan contento, por eso de haberle dado al albacea todas las facultades legales en su testamento. Sí, ojo, todas las facultades pero solo las legales, que valen bien poco o nada. Mediante una fórmula testamentaria en que todo es casi igual que nada. Es crear, como antes decíamos, una figura coja. No hay más que ver la jurisprudencia. Aunque ese déficit regulatorio —todo hay que decirlo— haya propiciado también una de las discusiones dogmáticas más apasionantes en nuestro Derecho de Sucesiones acerca de la naturaleza jurídica del albaceazgo.

III. LAS BARRERAS OPERATIVAS

Pese a todo, pese a los altos vuelos dogmáticos de la figura del albacea, insuflados por la jurisprudencia, hay que reconocer que en la práctica testamentaria de los territorios en que rige el Código Civil, el albaceazgo, marcado por esa

deficiencia o insuficiencia normativa, incluso investido por voluntad expresa del testador de las más amplias facultades, adolecería, aún así, de una malformación congénita para ser operativo. Una tara que, siendo tan considerable, no sería, con todo, ni mucho menos, lo más grave.

Lo peor no es que un dispositivo no funcione, es que además no pueda arreglarse, que la falta de legitimación del albacea no tenga remedio testamentario. Lo peor sería que, en el nombramiento de un albacea, la autonomía testamentaria no fuera capaz de corregir las insuficiencias o deficiencias del Código por estar sujeta la libertad de testar a unos límites insalvables. El principal problema del albaceazgo en el Código Civil es que si se quiere hacer uso en sentido positivo de la autonomía testamentaria, confiriendo expresamente a los albaceas las más amplias facultades, probablemente tropezarían enseguida con unos obstáculos, a veces, insuperables. «*Los albaceas tendrán* —dice el artículo 901— *todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador y no sean contrarias a las leyes*». Las más amplias atribuciones. Albaceas universales. El Código los menciona (aunque no los regula). Se diría que el albaceazgo no es sino un instrumento al servicio de la libertad de testar, aunque por eso mismo sujeto a sus propios límites. El problema es que esos límites aprietan demasiado, provocando, como decíamos, una cojera al andar, como la horma de un calzado demasiado estrecho, que oprimiría, además, en este caso, doblemente, por los dos lados: por el de la tradición romana, que conforma el carácter personalísimo del testamento, y el de la tradición germánica, que conforma la rigidez de la desmesurada legítima castellana.

El carácter personalísimo del testamento, que proclama el artículo 670 del Código Civil, al prohibir que quede al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento del heredero o legatario, marca una línea roja infranqueable (una *red line*) de lo que sí que no cabe encomendar al albacea, que es sustituir al testador en la designación del sucesor. Sin embargo, facultar a un albacea para apreciar el cumplimiento o no de una condición suspensiva de la que dependa el llamamiento a la sucesión del posible beneficiario, puede ser el único recurso eficaz del testador para preservar sus propios intereses. Se trata de algo decisivo, pues lo fundamental hoy día para un testador es cómo defenderse frente a la soledad o el abandono en su ancianidad. Nombro heredero a alguien para que me cuide o para que viva conmigo y se ocupe de mí. Controlar el cumplimiento de esa condición puede quedar muy pronto fuera del alcance del propio testador por la merma sobrevenida de sus facultades y es necesario que pueda confiar en alguien, un albacea, que lo fiscalice, el alguacil de su ancianidad. Los desvalidos de nuestro mundo son ahora (y cada vez más) no los huérfanos, sino los viejos. La duda es si la apreciación de esa circunstancia por el albacea (de que depende el llamamiento a la sucesión) no equivale a dejar a su arbitrio la efectividad de lo dispuesto en el testamento y a que, en definitiva, sea el albacea y no el testador quien designe al sucesor, en contra de lo que prohíbe del artículo 670 del Código Civil.

Pienso, sin embargo, retomando una vieja disquisición de Furno, que lo que impide el carácter personalísimo del testamento o el artículo 670 es añadir otra declaración de voluntad a la del testador, pero no una declaración de ciencia, que suponga no una manifestación volitiva, sino un juicio puramente intelectivo que, como tal, solo puede ser verdadero o falso y, por consiguiente, revisable por los tribunales. Este razonamiento subyace también en dos resoluciones de 1902 en que nuestro Centro Directivo permite encomendar al albacea la facultad de determinar quiénes eran las personas más próximas en grado de parentesco respecto al testador y, en este sentido, las beneficiadas por la disposición testamentaria.

Más difícil es superar la barrera de las legítimas. Como se ha dicho en la prensa salmón para medir la capacidad de bancos y cajas, este va a ser el verdadero *test de estrés* o la *prueba del algodón* sobre la utilidad o no del albaceazgo. Su eficiencia se va a plantear, efectivamente, cuando la liquidación de la herencia exija vender bienes hereditarios habiendo legitimarios llamados a la sucesión. Supuesto, este último, que se dará, por otra parte, casi siempre, pues lo común es que la gente (gracias a Dios) tenga hijos y la especie se perpetúe. La utilidad del albaceazgo quedaría por eso en entredicho, si un albacea con mandato expreso del testador no pudiera, sin embargo, disponer de los bienes hereditarios, habiendo herederos forzosos, sin el consentimiento de estos últimos. Sería tanto como reconocer que, en la generalidad sociológica de los casos, el albacea del Código Civil va a estar siempre atado de pies y manos, por mucho que el testador se empeñe en liberarle.

Aunque los primeros comentaristas del Código (como GALINDO y ESCOSURA o SÁNCHEZ ROMÁN) no pusieron reparos a que el albacea, aun habiendo legitimarios, pudiera vender los bienes hereditarios con autorización expresa del testador, sin embargo, la Dirección General de Registros, mediante una famosa resolución de 1891, dio aquí, como dijo GONZÁLEZ PALOMINO, un *golpe de estado* doctrinal e impuso el criterio de la necesidad del consentimiento de los legitimarios, con el argumento de la intangibilidad de la legítima como *pars bonorum*. Esta doctrina quedó consolidada en la Ley Hipotecaria de 1909, al disponer su artículo 20, en materia de tracto registral, que no era necesaria la previa inscripción a favor de los albaceas para inscribir los actos de enajenación o gravamen de los bienes hereditarios otorgados por ellos (y añadía) «*cuando estuviesen expresamente facultados por el testador y no existiesen herederos forzosos*». No faltaron autores que enseguida criticaron la incongruencia de que una norma adjetiva sobre tracto registral pudiera resolver una cuestión civil sustantiva, imponiendo más exigencias que las propias del Código. Como diríamos hoy, la Ley de 1909 se pasó de frenada en su afán por respaldar la doctrina de la Dirección General, aunque la extralimitación de 1909 se eliminase, al cabo, con la reforma de 1944, en la actual redacción del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Esta rectificación legislativa sirvió, a su vez, de argumento a algunos autores, como GONZÁLEZ PALOMINO, SÁENZ DE SANTAMARÍA o BOLLAÍN

(todos ellos notarios), para replantear el debate, que, sin embargo, la Dirección General volvió a zanjar definitivamente, con su misma doctrina de siempre, en una contundente resolución de 1952 (reiterada por otras posteriores, incluso alguna más reciente como la de 25 de enero de 1990).

El argumento de la Dirección, en su resolución de 1952, parecía (y sigue pareciendo) irrebatible: cualquiera que sea la amplitud de las atribuciones conferidas por el testador a los albaceas, lo que el testador nunca podrá darles es la facultad que él mismo no tiene, de perjudicar a los legitimarios, pues la legítima, como dice el artículo 806, es «*la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos*».

Detrás de esta argumentación hay, no obstante, cierto juego de palabras o malabarismo verbal, algo que es fácil que se nos escape. Cuando el artículo 806 dice que la legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer, se refiere, obviamente, a disponer *mortis causa*. El testador sí que puede, por supuesto, ¡faltaría más!, disponer de todos sus bienes mientras vive. Y de lo que se trata aquí es de facultar al albacea no para que disponga *mortis causa*, sino para llevar a cabo, precisamente, los mismos actos que hubiera podido hacer el testador en vida, como vender, adjudicar en pago, partir, etc., pero cuya realización prefirió posponer a un momento posterior a su propia muerte encomendándoselos al albacea.

No es verdad, por tanto, que el testador confiera aquí al albacea facultades que él mismo no tuviera. Por supuesto que las tenía. Lo difícil es cómo catalogar jurídicamente esa delegación de facultades que uno tiene en vida para su ejercicio *post mortem* por parte de otro. Ese poder dispositivo *post mortem* sobre los bienes hereditarios plantea una disyuntiva. Una de dos: o se trata de un mandato o se trata de un gravamen, según cómo se resuelva el problema de su revocabilidad.

Si se entiende que, por nacer de un testamento, una vez muerto el testador, el mandato dispositivo del albacea es irrevocable, al no haber nadie distinto del difunto capaz de desautorizarle, ese albaceazgo impuesto irrevocablemente a los herederos supondría, desde luego, una limitación de la propia facultad de disponer de los herederos y, en este sentido, un gravamen, inaplicable a los herederos forzosos, pues, conforme al artículo 813, sobre la legítima no se puede establecer ningún gravamen.

Si entendiéramos, por el contrario, que el mandato dispositivo dado al albacea fuese revocable por los herederos, ya no sería ningún gravamen, sino una instrucción, todo lo más, inefectiva. El testador solo podría imponer la prohibición de revocar las facultades del albacea a los herederos voluntarios, pero no a los herederos forzosos, quienes por unanimidad podrían siempre prescindir del albacea, de modo que no pudiera ya reemplazarles en cuanto a la disposición de bienes hereditarios. Pero que un cargo sea revocable no quiere decir que

sea inútil. Sobre todo ejecutor testamentario (no solo sobre el contador-partidor, también sobre el albacea) pesa implícita, como decía GONZÁLEZ PALOMINO, la «*cláusula de no estorbar*», que equivale a esa revocabilidad, pero que no resta utilidad a su nombramiento, precisamente, en caso de falta de unanimidad entre los herederos sobre la revocación de su cometido. Bastaría que uno solo o una mayoría de los herederos forzosos no quisiera desautorizar al albacea, para que este pudiera cumplir entonces su cometido testamentario, pero no por imposición del testador, sino por falta de acuerdo válido de los herederos para revocar su mandato testamentario. La legítima o, por lo menos, la legítima entendida como porción reservada a la colectividad de herederos forzosos, más que a cada uno, que es como parece entenderla el propio Código en diversos momentos de su articulado (tras su reforma de 1981), no quedaría lesionada. Tampoco podría pensarse que la revocación por los herederos del albacea autorizado para la entrega de legados, lesione al legatario, pues este (igual que si el albacea muere o renuncia al cargo) seguiría teniendo acción contra los herederos para exigir su cumplimiento, quedando el legado subsistente.

Concebido el albaceazgo como mandato y no como gravamen, podría plantear cierta dificultad la cuestión de cómo encajar un mandato dado para después de la muerte del mandante, pues el mandato se extingue, según el artículo 1732 del Código Civil, por la muerte del mandante. Pero que la muerte del mandante sea causa de extinción del mandato es solo una característica natural, no esencial, del mandato, como demuestra la subsistencia de la comisión mercantil después de la muerte del comitente y, probablemente, también la del mandato en la ejecución hipotecaria extrajudicial, después de la muerte del hipotecante. Pero, sobre todo, el artículo 1732 no sería aplicable, porque se refiere al contrato de mandato, como acto bilateral, no al mandato que nace de un acto unilateral como es el testamento y el albaceazgo es, precisamente, un mandato testamentario.

IV. PERSPECTIVA DE FUTURO

Aun así, una cosa es el valor de unos argumentos y otra, el valor de una escritura. Mi amigo de Valladolid quería un testamento sencillo, no conflictivo. La escritura a otorgar por ese albacea que él quería nombrar para vender el chalet de la sierra sin tener que contar con el consentimiento de uno de los hijos enfrentado a la viuda (y ¡santas pascuas!), sería, sin embargo, una escritura problemática. Ningún notario, al autorizarla, podría asegurarle al otorgante que no fuera a encontrar algún obstáculo. En el Registro, ante los tribunales… ¿Cómo la calificaría el registrador? ¿Cómo reaccionaría, al final, un juez? ¿Hasta qué punto, con la conformidad del albacea y uno de los hijos, aunque no del otro, sería sólida esa escritura sobre la base exclusivamente de los argumentos que aquí se han aducido? Si hay dudas es porque el propio Código abona la discusión.

Por eso, igual que Alejandro al pasar al Helesponto y cortar el nudo gordiano, probablemente, la solución también aquí no sea intentar desenroscarlo, sino sacar la espada y darle un tajo definitivo. Por eso, si se me pregunta por el futuro del albaceazgo, contestando al tema que sirve de título a este escrito, no creo que ese futuro pase por buscar algún vericueto que sirva de salida dentro del laberinto dogmático en torno al ejercicio o la naturaleza jurídica del albaceazgo. La solución no consiste en tratar de desligar al albacea de las ataduras del sistema de legítimas con aventurados argumentos (por razonables que sean), sino en cortar por lo sano e intentar cambiar el régimen de las legítimas, reformando el Código Civil. Ese albacea designado en el testamento, libre ya de ataduras, tras esa futura reforma o redefinición del sistema legitimario, debiera quedar, al mismo tiempo, investido de unas atribuciones legales liquidatorias suficientemente amplias, conforme a un repertorio estándar fijado de antemano con un alcance legal típico, aunque ello obligaría, a su vez, a replantear entonces el régimen general de responsabilidad por deudas en la sucesión, dando entrada franca al beneficio de inventario por medio de un expediente mucho más simplificado o, en todo caso, al menos, de aplicación automática por prescripción *ex lege*, cuando la liquidación de la herencia no sea, precisamente, competencia ni responsabilidad de los propios herederos.

La reforma legal del albaceazgo nunca podría acometerse, por todo ello, aisladamente, sino dentro de una reforma global del conjunto de las normas que regulan la sucesión. El albaceazgo es solo una pieza más dentro de un complejo mecanismo. Pero una pieza que pasaría a tener una utilidad sobresaliente, como en el modelo anglosajón (o alemán), en cuanto se conjugase con una adecuada modificación o entendimiento del sistema de legítimas, pasando por una legítima menos rígida (al menos, la individual, si no la colectiva) y con la entronización de un beneficio legal de inventario, al menos, como parece lógico, siempre que el heredero no sea el encargado de liquidar la herencia, sino un albacea testamentario legitimado legalmente para ello. Un albacea con unas facultades estándar o un cometido legal típico, sin que los herederos tengan entonces que responder personalmente por las deudas de una herencia cuya liquidación no sea competencia ni obra suya sino, precisamente, del albacea.

El adecuado encaje del albaceazgo como una de las piezas clave del complicado mecanismo sucesorio resulta ahora tanto más imprescindible tras la creación del denominado certificado sucesorio europeo, implantado por el Reglamento europeo con entrada en vigor el 17 de agosto de 2015. El contenido del certificado alcanza no solo a la identificación de los herederos y legatarios, y la determinación de sus derechos sucesorios, sino también a la identificación del cargo de los ejecutores testamentarios o administradores de la herencia y la determinación de sus facultades. Según el artículo 69 del Reglamento, se presumirá que la persona que figure en el certificado como ejecutor testamentario o administrador de la herencia es titular de las facultades que se expresen

«*sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el certificado*», estableciéndose, en consecuencia, la presunción legal de validez de los actos realizados en el ejercicio de las facultades certificadas. Pero difícilmente podrán determinarse en ese certificado sucesorio europeo las facultades de un albacea, como es el de nuestro Código Civil, cuyo alcance legal y testatorio resulta tan confuso o indefinible.

De ahí la necesidad, ahora tanto más urgente, de un replanteamiento del albaceazgo dentro del sistema sucesorio de nuestro Código Civil. Entre tanto, el certificado sucesorio europeo que puedan emitir las autoridades españolas, en materia de ejecución testamentaria, será inutilizable en la práctica y se verá nada más que como un gran mentís frente a la certidumbre y celeridad en la instrumentación de las relaciones sucesorias que preconiza el nuevo Reglamento sucesorio europeo.

CONCLUSIONES

El albaceazgo es solo una pieza más dentro del complejo mecanismo sucesorio, pero una pieza que pasaría a tener una utilidad sobresaliente con una legítima menos rígida (al menos la individual, sino la colectiva) y la aplicación de un beneficio legal de inventario siempre que la liquidación de la herencia sea una competencia y responsabilidad no del heredero sino, precisamente, del albacea, dotado de unas facultades estándar o un cometido legal típico, tanto más necesario tras la creación del certificado sucesorio europeo en materia de ejecución testamentaria.

(Trabajo recibido el 5-7-2017 y aceptado para su publicación el 4-10-2017)

Consecuencias jurídicas del desistimiento anticipado por parte del arrendatario de un contrato de arrendamiento de inmueble urbano

Remedies to the early termination by the tenant of lease agreements of urban real estate properties

por

JORDI SAGRERA RULL

Abogado

RESUMEN: En este trabajo se analizan las consecuencias jurídicas que se derivan del desistimiento anticipado por el arrendatario de un contrato de arrendamiento urbano, bajo las Leyes de Arrendamientos Urbanos de 1994 y 1964, y para los dos tipos de inmuebles con regulación diferenciada en dichas leyes: las viviendas y los que tienen un uso distinto del de vivienda. Se diferencian también los casos, frecuentes en arrendamientos para uso distinto del de vivienda, en que el contrato contiene una cláusula penal para garantizar su duración, de aquellos que no la tienen. Finalmente, se examinan también los aspectos específicos a tener en cuenta para los arrendamientos de locales en Centros Comerciales.

ABSTRACT: This paper analyses the legal effects and remedies following the early termination by a tenant of a lease agreement of urban real estate

properties, either under the Urban Real Estate Acts of 1994 and 1964. The analysis differentiates between residential and commercial lease agreements, which are subject to different legal treatments, and between the contracts including a penalty clause —which is typical in commercial lease agreements— and those which do not. The specific aspects for commercial lease agreements in Shopping Centers are tackled in the last sections of this paper.

PALABRAS CLAVE: Arrendamientos urbanos. Desistimiento anticipado. Viviendas. Locales de negocio. Cumplimiento de contrato. Resolución de contrato. Posesión. Cláusula penal. Centros Comerciales.

KEY WORDS: Urban lease agreements. Early termination. Dwelling. Commercial premises. Enforcement of the lease. Termination of the lease. Possession. Penalty clause. Shopping Centers.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CUMPLIMIENTO O RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.—III. RECUPERACIÓN DE LA POSESIÓN DEL INMUEBLE.—IV. ARRENDAMIENTOS REGIDOS POR LA LAU 1964.—V. ARRENDAMIENTOS REGIDOS POR LA LAU 1994: 1. ARRENDAMIENTOS SIN CLÁUSULA PENAL: *A) Vivienda. B) Uso distinto del de vivienda.* 2. ARRENDAMIENTOS CON CLÁUSULA PENAL: *A) Cláusula penal. B) Vivienda. C) Uso distinto del de vivienda.* 3. ARRENDAMIENTOS EN CENTROS COMERCIALES: *A) Aspectos generales sobre el desarrollo y funcionamiento de Centros Comerciales. B) Características específicas a tener en cuenta al valorar el desistimiento de arrendamientos en Centros Comerciales.*—CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento legal del desistimiento de los arrendamientos de inmuebles urbanos por el arrendatario es una materia que genera una cierta confusión, probablemente motivada porque sobre ella se han proyectado diversos regímenes normativos: el de los contratos sometidos a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964[1] (LAU 64,) el de los de la LAU de 1994[2] (LAU 94), así como el aplicable a viviendas y el que rige para inmuebles para otros usos, generalmente locales comerciales. Respecto a estos últimos, habría también que distinguir los que se encuentran en un centro o complejo comercial, pues tienen unas especificidades que deberían ser tenidas en cuenta. Además, en los casos —bastante frecuentes— en los que se ha pactado una cláusula penal para el desistimiento, son de aplicación las normas del Código Civil reguladoras de esta figura jurídica[3].

Esta variedad de marcos normativos y la aplicación casuística que han hecho los tribunales dificultan una imagen nítida de los efectos del desistimiento en casos concretos, con la consiguiente inseguridad jurídica.

La controversia principal que generalmente se plantea cuando un arrendatario desiste anticipada e injustificadamente de un contrato de arrendamiento por tiempo determinado es la de la indemnización por el periodo incumplido, en particular por las rentas pactadas que hubiera percibido el arrendador si la duración convenida se hubiera respetado. Puede tratarse de una cantidad muy elevada si la renta es alta y el desistimiento se produce faltando todavía mucho periodo contractual por cumplir. Pero también pueden suscitarse otras cuestiones importantes, como la posibilidad de exigir el cumplimiento del contrato, la reclamación de daños y perjuicios distintos a la renta, o la pronta recuperación por el arrendador de la posesión del inmueble.

Con este artículo quiero hacer un repaso general a estas cuestiones. Quiere ser una guía, aunque no exhaustiva porque por razones de brevedad no entraré a tratar todos los detalles, sí suficientemente esclarecedora para el profesional del derecho o del arrendamiento de inmuebles.

Haré primeramente unas consideraciones de carácter general, en primer lugar sobre la disyuntiva a la que debe enfrentarse el arrendador cuando el arrendatario desiste anticipadamente del arrendamiento antes del periodo contractual estipulado, de si le conviene o no aquietarse a la terminación del contrato; y seguidamente, acerca de la recuperación de la posesión del inmueble por el arrendador. Más adelante, trataré con mayor detalle la situación para cada uno de los supuestos contemplados: bajo la LAU 64 y 94, con o sin cláusula penal, para vivienda o para un uso distinto, y locales en Centros Comerciales.

II. CUMPLIMIENTO O RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Por regla general, el desistimiento va acompañado de un ofrecimiento de devolución de la posesión del inmueble al arrendador. Así, si este no se opone al desistimiento, podrá recuperar la posesión sin dificultades y volver a arrendarlo. Cuando las expectativas en las condiciones de un nuevo arrendamiento son mejores que las del existente, normalmente será de interés para el arrendador terminar cuanto antes el arrendamiento, aceptando el desistimiento del arrendatario.

Por el contrario, cuando esas expectativas son peores o inciertas, puede ser de interés del arrendador que no se extinga el arrendamiento existente y, en caso de que el desistimiento no esté fundado en justa causa, exigir el cumplimiento íntegro del contrato. Ahora bien, no siempre tendrá a su alcance ese derecho:

i) Para los arrendamientos de vivienda sujetos a la LAU 94, el artículo 11 de dicha Ley establece el derecho del arrendatario a desistir del contrato una

vez que hayan transcurridos al menos seis meses, siempre que lo comunique al arrendador con al menos quince días de antelación. Así, aunque las partes hubieran pactado una duración más larga del contrato, el arrendatario podrá, en dichas condiciones, desvincularse de este anticipadamente[4].

El referido artículo 11 contempla la posibilidad de que las partes pacten que en esos casos el arrendatario indemnice al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Si no se hubiera pactado indemnización alguna, el arrendatario podrá desistir libremente[5], siempre que hayan transcurrido seis meses de contrato y preavise al arrendador con quince días de antelación. Si la indemnización que permite la Ley está prevista en el contrato, será exigible al arrendatario. En cambio, en virtud del artículo 6 LAU 94, para los arrendamientos de vivienda será nulo el pacto de indemnizar por una cantidad superior[6].

ii) Para los arrendamientos sujetos a la LAU 64, tanto de vivienda como de local de negocio, el artículo 56 de dicha Ley establece que si el arrendatario desaloja el inmueble antes del periodo de duración pactado deberá comunicar su propósito al arrendador con treinta días de antelación e indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir.

Esta disposición parece garantizar que para arrendamientos sujetos a la LAU 64, en caso de desistimiento del arrendatario sin justa causa el arrendador debería ser indemnizado en cualquier caso con todas las rentas por el periodo incumplido. No obstante, la jurisprudencia ha rebajado sustancialmente los efectos de esta disposición, tal como expondré en el punto IV siguiente.

Por tanto, no siempre tendrá el arrendador el derecho a exigir el cumplimiento del contrato cuando el arrendatario no cumpla el plazo de duración pactado.

Cuando el arrendatario no tenga el derecho de desistir anticipadamente, si lo hace nos hallaremos ante un incumplimiento contractual que, en virtud de los artículos 27 LAU 94 y 1124 del Código Civil facultará al arrendador para escoger entre exigir el cumplimiento o resolver el contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. En estos casos el arrendador podrá oponerse al desistimiento y exigir el cumplimiento del contrato.

Ahora bien, en la práctica la opción del cumplimiento puede presentar dificultades. Si, como ocurre con frecuencia, el arrendatario persiste en su intención y desaloja el inmueble, consignando notarialmente o entregando de otro modo las llaves y dejando de pagar la renta, el arrendador se queda con el inmueble vacío y teniendo que reclamar judicialmente el cumplimiento forzoso del contrato y el pago de las rentas a medida que van venciendo.

No obstante, esta es una situación que en casos de arrendamientos para uso distinto del de vivienda cuyo plazo había ya vencido en el momento de resolverse la reclamación judicial, ha dado lugar a una condena al arrendatario a

pagar todas las rentas por el periodo incumplido, sin que se estimara que cabía moderar la cantidad a pagar[7].

Sobre el cumplimiento forzoso del arrendamiento también son destacables dos recientes sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de mayo y 3 de octubre de 2017, ambas en casos de uso distinto del de vivienda y en los que el Tribunal estimó condenar al arrendatario que desistía ilegítimamente del contrato a cumplirlo íntegramente: (i) en la primera de ellas revocó una sentencia de la Audiencia Provincial por la que se declaraba que al haber efectuado el arrendatario el depósito notarial de las llaves se había producido una resolución de facto y, por tanto, no cabía exigir el cumplimiento del contrato, sino solo la indemnización de daños y perjuicios; y (ii) en la segunda, el Tribunal revocó otra sentencia de Audiencia Provincial, por la que se aplicaba analógicamente a un arrendamiento para uso distinto del de vivienda el artículo 11 LAU 94 —que está previsto para arrendamientos de vivienda— y estimaba que no cabía gravar a la arrendataria con una consecuencia económica exagerada o desproporcionada como sería mantener vigentes los mismos contratos con las rentas pactadas cuando el desistimiento no ha sido arbitrario, sino debido a diversos eventos económicos —básicamente, la situación de grave crisis económica, que llevó a la arrendataria a una situación de pérdidas e inviabilidad financiera— que le hacían muy dificultoso continuar con la relación contractual.

Frente a la situación de exigir el cumplimiento, que se puede prolongar en el tiempo y acabar resultando en la imposibilidad práctica de forzar al arrendatario a retomar el arrendamiento, el arrendador puede seguir la vía, que según las circunstancias puede ser más pragmática, de requerir el cumplimiento y, en el caso de negativa del arrendatario, resolver el contrato por incumplimiento de este, recuperar la posesión del inmueble, reclamar de los daños sufridos y poner de nuevo el inmueble en el mercado. Ahora bien, si el arrendador no quiere acabar económicamente perjudicado, la adopción de esta vía debe ir precedida de un análisis de las expectativas de volver a arrendar el inmueble y de que prospere una reclamación al arrendatario incumplidor por las rentas correspondientes al periodo no cumplido.

Ante esta disyuntiva, por regla general el arrendador deberá evaluar si es más de su interés (i) resolver el contrato, con una recuperación más rápida del inmueble y una reclamación judicial de daños por las rentas dejadas de percibir o, en su caso, de cumplimiento de la cláusula penal que se haya pactado, con el riesgo de que no sea estimada totalmente; o (ii) exigir el cumplimiento al arrendatario que ha desistido, asumiendo que el inmueble pueda quedar vacío por el plazo que quede por cumplir del contrato si el arrendatario no se aviene a seguir ocupándolo, en cuyo caso son más altas las posibilidades de que este sea condenado a pagar todas las rentas hasta el final del periodo pactado.

Para el supuesto «(ii)» anterior es relevante estimar el tiempo que puede tardar en recaer una resolución condenando al arrendatario a pagar las rentas del

periodo incumplido, pues si lo hace cuando ya se haya extinguido dicho periodo, se podrán reclamar todas las rentas dejadas de percibir hasta el final del plazo pactado. Si, por el contrario, la terminación del arrendamiento incumplido está lejana, habría que esperar mucho tiempo para tener derecho a reclamar todas las rentas hasta el final del periodo de arrendamiento convenido, lo que redundaría en perjuicio del arrendador.

III. RECUPERACIÓN DE LA POSESIÓN DEL INMUEBLE

Cuando el arrendador opta por la resolución del contrato, un aspecto importante es la recuperación de la posesión del inmueble, que debe llevarse a cabo correctamente para evitar efectos indeseados.

Recuperar cuanto antes la posesión interesa al arrendador, para poder arrendar de nuevo el inmueble y mitigar en la medida de lo posible los daños por la pérdida de rentas que sufrirá como consecuencia del desistimiento del arrendatario, pero si no quiere arriesgarse a perder el derecho a reclamarlas, deberá haber puesto de manifiesto su oposición al desistimiento.

En caso contrario, la aceptación de la devolución del inmueble sin poner objeción alguna podría reputarse una aceptación tácita del desistimiento y la pérdida del derecho a reclamar[8]. No obstante, también se han dado casos en que los tribunales, valorando las circunstancias concurrentes han considerado que aunque el propietario haya recuperado la posesión sin hacer ninguna manifestación, su silencio no ha implicado la pérdida del derecho a reclamar, con base en que para la renuncia de un derecho es preciso que se manifieste de manera clara, definitiva y concluyente por actos que demuestren, fuera de toda duda, la voluntad de renunciar[9].

Así las cosas, si el arrendador no quiere arriesgarse a perder el derecho a reclamar, es aconsejable que ponga de manifiesto su oposición al desistimiento[10] y que acepta la devolución de la posesión del inmueble ante la negativa del arrendatario a cumplir y para mitigar los daños por el incumplimiento del plazo de duración del contrato, y con reserva del ejercicio de las acciones para reclamarlos.

Otra cuestión que en ocasiones se suscita en relación con la recuperación de la posesión del inmueble es cómo llevarla a cabo si el arrendatario no la devuelve, ya sea porque lo ha desalojado sin hacer ofrecimiento de devolución al arrendador o porque se niega a desalojarlo voluntariamente.

En principio, en estos casos el arrendador deberá acudir a un juicio de desahucio, al término del cual se declare la resolución del contrato y acuerde la devolución de la posesión al arrendador, lo que puede prolongarse durante meses, con el consiguiente perjuicio para este.

Ante esta situación debe considerarse si, cuando las circunstancias son propicias —por ejemplo, si el arrendatario ha desalojado y dejado vacío el

inmueble—, el arrendador puede recuperarlo sin mediar resolución judicial. Para ello es aconsejable comunicar al arrendatario la resolución del contrato y requerirle para que devuelva la posesión, advirtiéndole de que si no lo hace el arrendador pasará a ocuparlo de nuevo y, solo si no se opone, proceder a recuperarlo, pues en ese caso el silencio del arrendatario junto con sus otros actos —como puede ser su desalojo previo del inmueble— pueden ser tenidos como aceptación de la pérdida de la posesión. También se deberá tener cuidado de dejar constancia y guardar el mobiliario o enseres que el arrendatario haya dejado en el inmueble, para evitar reclamaciones futuras por pérdida o deterioro de los mismos.

Si, en cambio, el arrendatario no desaloja voluntariamente el inmueble o manifiesta su oposición a la recuperación de la posesión por el arrendador, deberá acudirse al auxilio judicial, pues tal como establece el artículo 441 del Código Civil *«En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente»*.

IV. ARRENDAMIENTOS REGIDOS POR LA LAU 64

El juego de las disposiciones transitorias de la LAU 94 y de las subrogaciones y prórrogas de los arrendamientos sujetos a la LAU 64 ha hecho que todavía sigan en vigor algunos de estos, pero el paso del tiempo y el vencimiento de plazos o la concurrencia de circunstancias que dan lugar a su extinción, hace que esta categoría se haya convertido ya en residual, en particular para el tema que nos ocupa, de los efectos del desistimiento del contrato por el arrendatario antes de que venza el plazo de duración pactado.

No obstante, la regulación de esta materia para estos contratos ha dado lugar en el pasado a una abundante jurisprudencia que merece la pena comentar brevemente, pues ha servido de base para el desarrollo de algunas posiciones que también se han aplicado, en ocasiones, a arrendamientos regidos por la LAU 94.

El artículo 56 LAU 64 establece que si el arrendatario desaloja el inmueble antes del periodo de duración pactado deberá comunicar su propósito al arrendador con treinta días de antelación e indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir.

Se desprende de esta disposición que si el arrendatario de un inmueble sujeto a esa Ley desistía anticipadamente del contrato, debía indemnizar al arrendador con todas las rentas por el periodo incumplido. No obstante, la jurisprudencia acabó limitando esta obligación indemnizatoria a las rentas por el tiempo que el inmueble hubiera permanecido desocupado y libre desde el desalojo por parte

del arrendatario[11], con base en que, si no, se produciría un enriquecimiento injusto del arrendador, quien por un mismo periodo de arrendamiento —desde que, en su caso, volvía a arrendar el inmueble hasta la fecha en que habría vencido el arrendamiento anterior— percibiría las rentas por partida doble: por un lado, del anterior arrendatario como indemnización y, por otro, del nuevo arrendatario la nueva renta pactada.

Es más, en casos en que el arrendador no había vuelto a arrendar el inmueble por no haber llevado a cabo actividad alguna para comercializarlo de nuevo, la jurisprudencia había moderado la indemnización fijada en el artículo 56 LAU 64 a las rentas por el tiempo desde el desalojo hasta que, atendiendo a las circunstancias del caso, previsiblemente hubiera vuelto a arrendarlo en condiciones similares si hubiera llevado a cabo actuaciones para comercializarlo de nuevo[12]. Pero, en cambio, no estimó moderar la indemnización cuando recuperado el inmueble por el arrendador tras el desistimiento del arrendatario, aquel no lo había arrendado de nuevo, sino que lo había vendido[13].

Como antes apuntaba, algunos de estos planteamientos han sido retomados por la jurisprudencia para resolver casos de arrendamientos sujetos a la LAU 94, como veremos a continuación.

V. ARRENDAMIENTOS REGIDOS POR LA LAU 94

Para una mayor claridad expositiva del régimen en esta materia aplicable a los arrendamientos sujetos a la LAU 94, distinguiré entre diversas situaciones: en primer lugar, entre los contratos que contienen una cláusula penal para el desistimiento anticipado del arrendatario y aquellos que no la contemplan; dentro de cada una de estas categorías, los contratos de arrendamiento de vivienda y aquellos para un uso distinto; y, por último, expondré unas consideraciones acerca de los arrendamientos de locales en Centros o Complejos Comerciales.

1. Arrendamientos sin cláusula penal

Los arrendamientos sin cláusula penal para el caso de desistimiento son aquellos que no contienen una sanción específica expresamente pactada entre las partes para el caso de que el arrendatario desista anticipadamente del arrendamiento. Cuando se ha pactado una duración determinada del contrato, las reglas sobre arrendamientos urbanos y las generales en materia de contratos pueden dan lugar a que el desistimiento constituya o no un incumplimiento. El régimen aplicable difiere según se trate de un arrendamiento para vivienda o para otro uso.

A) Vivienda

En virtud de los artículos 4.2 y 6 LAU 94 los arrendamientos de vivienda se rigen por lo pactado entre las partes en el marco de lo establecido en el Título II de la Ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil, siendo nulas y debiéndose tener por no puestas las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas de dicho Título, salvo los casos en que la propia norma lo autorice. Por tanto, con carácter general, para los arrendamientos de vivienda queda fuera de la autonomía de las partes pactar en detrimento del arrendatario condiciones distintas a las previstas en la Ley.

Como he apuntado anteriormente, el artículo 11 LAU 94 establece el derecho del arrendatario a desistir del contrato de arrendamiento de vivienda una vez que hayan transcurridos al menos seis meses, siempre que lo comunique al arrendador con al menos quince días de antelación. Así, aunque las partes hubieran pactado una duración determinada del contrato, el arrendatario podrá, en dichas condiciones, desvincularse de este anticipadamente.

Para estos casos, el mismo artículo contempla la posibilidad de que las partes pacten que el arrendatario indemnice al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Si no se hubiera pactado indemnización alguna, el arrendatario no deberá pagar ninguna, siempre que se cumplan el plazo mínimo de duración y el preaviso que contempla la norma. Si se hubiera pactado la indemnización que permite la Ley, o una más baja, será exigible al arrendatario. En cambio, el pacto de indemnizar por una cantidad superior será nulo, en virtud del artículo 6 LAU 94[14].

No obstante, debe tenerse en cuenta que el actual redactado del artículo 11 LAU fue introducido por medio de la Ley 4/2013 de 4 de junio, cuya disposición transitoria primera dispone que los arrendamientos anteriores continúan rigiéndose por la normativa que les era de aplicación, que contemplaba este derecho de desistimiento solo para los contratos de arrendamiento con una duración pactada superior a cinco años y una vez habían transcurrido esos cinco años. En consecuencia, salvo que hubieran sido adaptados a la nueva normativa, para los contratos anteriores a la Ley 4/2013 la facultad de desistir solo será de aplicación cuando concurran las citadas condiciones.

Así, para estos contratos anteriores a la Ley 4/2013, cuando tengan una duración inferior a cinco años o, aunque la tengan superior, si se produce el desistimiento antes de los cinco años, el arrendatario no tiene el derecho de desistir y, si lo hace, el arrendador sí puede reclamar una indemnización[15].

B) Uso distinto del de vivienda

Los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen imperativamente por lo establecido en los Títulos I y IV LAU 94 —que son disposiciones

sobre el ámbito de la Ley, la fianza y la formalización del contrato—, para todas las demás cuestiones por la voluntad de las partes y, solo en su defecto, por lo estipulado en el Título III de la Ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil. Por tanto, sobre la mayoría de los aspectos del arrendamiento hay libertad de pacto, no existiendo, como ocurre con los de vivienda, una disposición que proscriba los acuerdos que sean para el arrendatario más perjudiciales que lo establecido en la Ley.

Si el arrendatario desiste anticipadamente y sin justa causa de un contrato de duración determinada, haciendo caso omiso de los requerimientos del arrendador para que cumpla, nos hallaremos ante un incumplimiento contractual que, en virtud de los artículos 27 LAU 94 y 1124 del Código Civil facultará al arrendador para escoger entre exigir el cumplimiento o resolver el contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos.

Si opta por la resolución, el arrendador podrá reclamar todos los daños efectivamente sufridos. Ahora bien, una actuación prudente por su parte requeriría que pusiera el inmueble en el mercado para arrendarlo de nuevo y así evitar que se le pueda reprochar un incumplimiento del deber de mitigar los daños.

Si lo vuelve a arrendar y ha sido diligente en su comercialización, el arrendador puede reclamar como lucro cesante las rentas por el periodo incumplido por el anterior arrendatario, hasta que perciba rentas del nuevo. Además, si solo ha podido arrendarlo por una renta inferior a la que pagaba el anterior arrendatario, debe también poder reclamar la diferencia de rentas hasta que hubiera vencido el anterior arrendamiento.

No obstante, el Tribunal Supremo[16] ha declarado que el contratante cumplidor no está jurídicamente obligado, en principio, a desplegar actividad alguna dirigida a mitigar la responsabilidad del incumplidor, fuera de los casos de acreditada mala fe por parte del acreedor que, pudiendo evitar tales perjuicios, deja de hacerlo voluntariamente en perjuicio del otro contratante.

Aplicando esta doctrina, la obligación del arrendador de volver a poner el inmueble en el mercado para mitigar daños quedaría muy atenuada. No obstante, a la vista de los razonamientos en que por regla general se basan los tribunales[17] para resolver esta cuestión, es aconsejable que el arrendador lleve a cabo una razonable actividad para volver a poner el inmueble en el mercado, para evitar que se le reproche una pasividad contraria a la obligación de mitigar daños.

El arrendador también puede reclamar otros daños efectivamente sufridos, como daño emergente u otras cantidades que hubiera percibido del anterior arrendatario durante el periodo incumplido por otros conceptos distintos a la renta y que no vaya a percibir del nuevo. En suma, el arrendador puede reclamar que se le coloque en la misma situación económica en la que estaría si el contrato hubiera sido cumplido[18].

Cuando el lucro cesante no puede aún determinarse con precisión —por ejemplo, porque la reclamación se produce antes de volver a arrendar el inmue-

ble—, para su determinación el Tribunal Supremo ha establecido como pauta orientativa lo dispuesto en el artículo 11 LAU 94 para los arrendamientos de vivienda, esto es, una indemnización por lucro cesante de un mes de renta por cada año que previsiblemente restare por cumplir del contrato.

Este criterio fue seguido por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2004, que consideró conforme a derecho aplicar analógicamente el referido artículo a los arrendamientos para uso distintos del de vivienda. Posteriormente, otras sentencias se pronunciaron en contra de dicha aplicación analógica[19], pero el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de abril de 2012 volvió a seguir este criterio, si bien precisando que dicho artículo 11 LAU 94 se tiene en cuenta como pauta de carácter orientativo. También dijo que en el caso concreto que se enjuiciaba la apreciación de este criterio se fundaba en la falta de elementos probatorios consistentes acerca de las dificultades o la imposibilidad de arrendar de nuevo el local objeto de litigio en unas condiciones económicas similares en un tiempo más dilatado que el ordinariamente previsible en circunstancias normales. Se desprende de ello que, si se consigue acreditar que el tiempo que actuando diligentemente se tarda en volver a arrendar el inmueble es mayor o menor que el que resulta de dicha pauta orientativa —un mes por año que previsiblemente quede por cumplir—, será este periodo necesario para concertar el nuevo arrendamiento el que deberá ser tenido en cuenta. Recientemente, en una sentencia de 3 de octubre de 2017, resolviendo un caso en el que el arrendador había optado por el cumplimiento del contrato, el Tribunal Supremo ha vuelto a pronunciarse en contra de la aplicación analógica del artículo 11 LAU 94 para los inmuebles para uso distinto del de vivienda.

Así, si se sigue el criterio seguido por la sentencia de 9 de abril de 2012 como orientador para determinar el lucro cesante, si el arrendatario desiste en el quinto año de un contrato pactado por diez, la pauta orientativa a seguir sería que el arrendador podría reclamar cinco meses de renta como lucro cesante por las rentas dejadas de percibir, a no ser que se acreditara, por una u otra parte, que el tiempo requerido para volver a arrendar el inmueble, actuando diligentemente, es mayor o menor, en cuyo caso es este periodo el que debería ser tenido en cuenta.

También cabe argumentar que, con base en la jurisprudencia que rechaza la interpretación analógica del artículo 11 LAU 94, no debe tomarse como referencia el criterio que este marca. No obstante, para los casos en que el arrendador acepta la resolución del contrato y reclama daños, estimo que el criterio orientador utilizado —esto es, el artículo 11 LAU 94— por la sentencia de 9 de abril de 2012 es razonable, pues no lo presenta como una regla fija, sino como un criterio meramente orientador, modulable en función de la dificultad de volver a arrendar el inmueble en condiciones económicas similares.

En el cálculo de la indemnización también deberían considerarse las condiciones económicas del nuevo arrendamiento. Si se acreditara que, actuando

diligentemente, el arrendador solo puede volver a arrendar el inmueble por una renta inferior, debería poder reclamar la diferencia de rentas hasta que el arrendamiento incumplido hubiera vencido. Si, en cambio, se acreditara que un arrendador diligente obtiene o puede obtener una renta superior por el nuevo arrendamiento, la mayor renta por el periodo incumplido debería poder ser deducida de la indemnización a pagar por el anterior arrendatario.

Si en lugar de optar por la resolución del contrato, el arrendador lo hace por el cumplimiento, deberá exigirlo por la vía judicial si fuera preciso, no volviendo a arrendar el inmueble hasta la fecha de expiración del plazo de duración del contrato, y reclamar las rentas que vayan venciendo por el periodo incumplido.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2016 se resolvió un supuesto de este tipo —para un contrato de local de cinco años de duración, del que el arrendatario desistió al mes de iniciarse el tercer año y el arrendador instó infructuosamente su cumplimiento, pues el arrendatario no volvió a ocupar el local—, en el sentido de condenar al arrendatario a pagar todas las rentas por el periodo incumplido —que habían ya vencido cuando recayó la resolución judicial—, sin que se estimara que cabía moderar la indemnización; y en la sentencia del mismo Tribunal de 3 de octubre de 2017, se rechazó el desistimiento anticipado del contrato en un caso en el que el arrendatario había ofrecido notarialmente la devolución de las llaves del inmueble y se le condenó a pagar las rentas vencidas, debiendo cumplir el contrato hasta el término del plazo de duración obligatoria pactado.

No obstante, esta vía de exigir el cumplimiento y reclamar todas las rentas por el periodo desde el desistimiento hasta la terminación del plazo de duración contractual puede presentar dificultades según las circunstancias del caso, en particular cuando no es asumible para el arrendador que el inmueble quede mucho tiempo vacío, y cuando se trata de contratos de larga duración cuya terminación es posterior a la fecha prevista de obtención de una resolución judicial, en cuyo caso, para reclamar todas las rentas por el periodo incumplido podría ser preciso esperar a reclamar hasta que la resolución vaya a recaer después de expirado el plazo contractual —para que todas las rentas hayan ya vencido y se confirme que el arrendador no ha vuelto a arrendar el inmueble—, lo que puede no ser de interés para el arrendador.

2. Arrendamientos con cláusula penal

Los arrendamientos con cláusula penal para el caso de desistimiento son aquellos que contienen una sanción específica expresamente pactada por las partes para el caso de que el arrendatario desista anticipadamente del arrendamiento.

El incumplimiento que puede desencadenar la aplicación de la cláusula penal será el que se delimite en el contrato. Si se limita al desistimiento del

arrendatario, normalmente se entenderá[20] que solo se aplica cuando este renuncia voluntariamente al arrendamiento, pero no en otros supuestos como las resoluciones debidas a incumplimientos, como puede ser la falta de pago[21]. Así, las cláusulas penales más comúnmente utilizadas delimitan el ámbito de aplicación de la cláusula penal ampliándolo a cualquier situación de resolución o terminación anticipada del contrato imputable al arrendatario, o a una formulación equivalente.

A) Cláusula penal

Con carácter general, la cláusula penal ha sido definida por la jurisprudencia como *«La estipulación de carácter accesorio, establecida en un contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal, en virtud de la que el deudor de la prestación que se trata de garantizar viene obligado a pagar, por lo general, determinada cantidad de dinero»*[22].

Las cláusulas penales tienen una regulación específica en el Código Civil (arts. 1152 a 1155 del Código Civil), en cuya virtud, a los efectos del tema que nos ocupa, hay que destacar que:

i) Según dispone el artículo 1152 del Código Civil, en caso de incumplimiento de la obligación principal, la penalización pactada sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses, si otra cosa no se hubiere pactado.

Por tanto, la regla general es que, salvo pacto en contrario, el contratante cumplidor no podrá reclamar al incumplidor la penalización más los daños que haya sufrido y sus intereses, sino que solo tendrá derecho a la penalización, que opera como una valoración anticipada de los daños, acordada por las partes. En estos casos la cláusula penal tiene una función liquidadora del daño.

Así, por regla general, si los daños efectivos han sido superiores, el acreedor deberá limitar su reclamación a la pena pactada; pero, si han sido menores, podrá reclamar la totalidad de la pena sin necesidad de acreditar que ha sufrido daños por toda esa cantidad, pues la cláusula penal tiene una función convencional y liquidatoria de los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación principal[23].

En el caso de que se hubiera pactado que la cláusula penal no es sustitutiva de los daños e intereses, el acreedor sí podrá reclamar estos además de la penalización, teniendo entonces la cláusula penal una función punitiva o coercitiva.

ii) En virtud del artículo 1154 del Código Civil *«El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor»*. Este artículo ha sido interpretado en numerosas ocasiones en el sentido de que la facultad de moderación judicial no cabe en los casos de incumplimiento total de la obligación[24], ni cuando la

cláusula penal tiene carácter moratorio[25] —es decir, cuando cubre el retraso en el cumplimiento de la obligación principal—, ni cuando la pena está específicamente prevista para un determinado incumplimiento parcial y es ese incumplimiento el que se ha producido[26].

No obstante, en determinadas situaciones la jurisprudencia ha moderado las penalizaciones con independencia de las reglas generales anteriores, por entender que la penalización era excesivamente onerosa atendidas las circunstancias concurrentes[27].

iii) Cuando la cláusula penal no se puede moderar en virtud del artículo 1154, no cabe hacerlo tampoco por la vía del artículo 1103 del Código Civil, que con carácter general reconoce a los tribunales la facultad de moderar la responsabilidad que proceda de negligencia en el cumplimiento de toda clase de obligaciones. La jurisprudencia[28] entiende que la regulación del artículo 1154 del Código Civil es la aplicable a las cláusulas penales y que si no es posible moderar la penalización con base en este artículo no se puede eludir ese obstáculo aplicando un precepto más general, como es el artículo 1103 del Código Civil[29].

iv) La cláusula penal ha de interpretarse restrictivamente[30], porque altera el régimen de responsabilidad haciéndolo, generalmente, más gravoso.

v) El artículo 1154 del Código Civil tiene carácter imperativo, por lo que si la obligación principal ha sido cumplida por el deudor parcial o irregularmente, moderar la pena constituye un mandato para el juez, de lo que se colige que la renuncia pura y simple de los contratantes a dicho artículo no sería válida, por quedar fuera de su ámbito de disposición[31].

vi) No es necesaria ninguna fórmula especial para pactar la pena convencional, ni utilizar una denominación concreta, bastando con que se acuerde por las partes una estipulación que lleve al mismo resultado[32].

Para contratos de arrendamiento, el régimen aplicable al desistimiento del arrendatario sancionado con cláusula penal difiere totalmente según que se trate de un arrendamiento de vivienda o para otro uso.

B) Vivienda

Como he señalado anteriormente, el artículo 6 LAU 94 proscribe para los arrendamientos de vivienda los pactos que sean más perjudiciales para el arrendatario que lo dispuesto en el Título II de la Ley, cuyo artículo 11 establece que para el caso de desistimiento anticipado del arrendatario las partes podrán pactar una indemnización de un mes de la renta en vigor por cada año del contrato que quede por cumplir, prorrateándose los periodos inferiores a un año.

Por tanto, para este tipo de arrendamientos serán nulas las cláusulas penales que sean más onerosas para el arrendatario que lo prescrito en el referido artículo 11 y deberá estarse a lo dispuesto en el mismo para determinar los efectos

indemnizatorios del desistimiento. Para un mayor detalle sobre estos efectos me remito al apartado *A)* anterior.

C) Uso distinto del de vivienda

A diferencia de los arrendamientos de vivienda, en los de uso distinto sí hay libertad para pactar una cláusula penal para el caso de desistimiento del arrendatario o de terminación del contrato por causas a él imputables, antes del vencimiento del plazo de duración pactado. En contratos de arrendamiento de locales comerciales es una cláusula habitual, especialmente para locales en Centros o Complejos Comerciales.

La cláusula más típica es la que estipula, con diversos redactados, que en caso de terminación o resolución del contrato por motivo imputable al arrendatario —lo que incluye el desistimiento, las resoluciones por incumplimiento del arrendatario y otros supuestos de extinción anticipada que le sean imputables—, antes del periodo de obligado cumplimiento del mismo —ya sea todo el periodo contractual, o cuando se faculta al arrendatario a resolver el contrato con anterioridad, hasta ese momento—, el arrendatario estará obligado a indemnizar al arrendador con todas las rentas por el periodo incumplido. Las variantes de esta cláusula son múltiples: con calificación de la misma como esencial o expresiones equivalentes, con inclusión no solo de rentas sino de cantidades por otros conceptos, con reducción de la indemnización en el caso de que el arrendador vuelva a arrendar el local durante el mismo periodo que cubriría la indemnización, etc.

Estas cláusulas, u otras por las que se estipula una penalización específica para el caso de desistimiento o de extinción del contrato que suponga un incumplimiento de su plazo de obligado cumplimiento, son válidas, siempre que no traspasen los límites de la libertad contractual.

Tal como he señalado anteriormente, quedaría fuera de esos límites la renuncia pura y simple a la moderación de la pena por los tribunales en caso de incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, pues ese efecto está previsto de forma imperativa en el artículo 1154 del Código Civil. No obstante, habida cuenta lo difícil que muchas veces es discernir si se debe o no moderar una penalización inserta en un contrato de arrendamiento, sin duda la renuncia es un factor que puede ser tenido en cuenta por los tribunales para no moderarla. Ahora bien, no debe tenerse esa renuncia como una garantía de que la pena se va a tener que cumplir íntegra y que no puede ser objeto de moderación judicial.

La cuestión principal que plantean estas cláusulas penales es si deben o no ser moderadas por los tribunales con base en el artículo 1154 del Código Civil. Una aplicación estricta de dicho artículo a la cláusula penal típica

antes descrita debería llevarnos a negar esa posibilidad porque, tal como he señalado en el apartado *A)* anterior, está previsto solo para casos de cumplimiento parcial o irregular del deudor, y, por tanto, no cabe aplicarlo cuando el incumplimiento es total, ni cuando la pena está específicamente prevista para un determinado incumplimiento parcial y es ese incumplimiento el que se ha producido.

Cuando la pena consiste en las rentas u otros conceptos que el arrendatario hubiera tenido que pagar por el periodo incumplido, por ese periodo el incumplimiento ha sido total, o, si se entiende que se ha cumplido parcialmente el contrato de arrendamiento, se trata de una penalización estipulada específicamente para el incumplimiento parcial ocurrido. Además, la penalización se gradúa en función del tiempo incumplido, siendo menor cuanto más se ha respetado el periodo de obligado cumplimiento del arrendamiento. En consecuencia, una aplicación rigurosa del artículo 1154 del Código Civil debería descartar la moderación de la pena.

No obstante, la jurisprudencia sí que la ha moderado en numerosas ocasiones, con base en que las cláusulas penales han de ser interpretadas restrictivamente y, más en particular, en:

i) que si no se pudiera moderar se produciría un enriquecimiento injusto del arrendador[33];
ii) la desproporción de la penalización[34];
iii) que el de arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo[35];
iv) que el arrendador volvió a arrendar el inmueble antes de la expiración del plazo pactado con el anterior arrendatario[36]; o
v) que las circunstancias particulares del caso, aún sin constituir un incumplimiento del arrendador, justifican en cierta medida la actuación del arrendatario[37].

Además, como se ha señalado anteriormente, alguna jurisprudencia en casos que no resuelven controversias arrendaticias ha admitido la moderación de las penalizaciones cuando, a pesar de no concurrir los requisitos del artículo 1154 para moderarlas, se ha concluido que eran manifiestamente desproporcionadas y se apartaban de lo razonablemente previsible al contratar[38].

No obstante, también ha habido casos en que, con base en los principios rectores de las cláusulas penales, antes expuestos, los tribunales se han mostrado contrarios a moderar la pena[39], o en que la cláusula en cuestión no fue calificada como penal a los efectos del artículo 1152 y siguientes del Código Civil, pues la sanción se articulaba no como una penalización por un incumplimiento, sino como la consecuencia pactada del ejercicio por el arrendatario de un derecho a desistir anticipadamente, por lo que el Tribunal, al no considerarla una cláusula penal, acabó desestimando la posibilidad de moderarla[40].

Visto lo anterior, en el estado actual de la jurisprudencia no es posible asegurar siempre el íntegro reconocimiento por los tribunales de las cláusulas penales aplicables al desistimiento o a la terminación anticipada de contratos de arrendamiento por causas imputables al arrendatario, pues aunque el caso no se ajuste estrictamente a los supuestos previstos en el artículo 1154 del Código Civil, los tribunales han creado precedentes que, según los casos, pueden servir de base para moderar la pena.

Ahora bien, de la variedad de sentencias que se han pronunciado sobre esta cuestión se colige también que no cabe en ningún caso moderar la penalización pactada cuando (i) no concurren los requisitos de parcial o irregular cumplimiento de la obligación principal que el artículo 1154 del Código Civil requiere para que se produzca la moderación de la pena convencional, (ii) esta obedece a razones justificadas, y (iii) no da lugar a una penalización desproporcionada e imprevisible en el momento de contratar.

3. Arrendamientos en Centros Comerciales

Los contratos de arrendamientos de locales en Centros Comerciales forman parte de una realidad comercial más compleja —comúnmente denominada Centro, Galería, Parque o Complejo Comercial[41], que para mayor facilidad en adelante denominaré conjuntamente «Centros Comerciales»—, que trasciende al propio local, que la diferencia de los arrendamientos de locales en otros entornos y debe tenerse en cuenta cuando se evalúan los aspectos legales del desistimiento anticipado del contrato por parte del arrendatario.

A) Aspectos generales sobre el desarrollo y funcionamiento de Centros Comerciales

Un Centro Comercial constituye una realidad de negocio compleja, en la que, básicamente, el promotor impulsa las actuaciones para el planeamiento y urbanización del Centro, atrae a operadores comerciales interesados en integrarse en él, con los que contrata el arrendamiento de locales a construir por el propio promotor o la venta de parcelas para que los construyan ellos mismo, y obtiene financiación para desarrollar el proyecto.

El éxito de un Centro Comercial depende de una serie de factores, entre los que cabe destacar la adecuada combinación de operadores y, en suma, de productos y servicios. Uno de sus principales atractivos es concentrar una variada oferta en un espacio reducido y adaptado, lo que, por razones de comodidad, atrae a muchos consumidores, que prefieren hacer todas sus compras en un mismo espacio comercial, ahorrándose desplazamientos.

Una buena combinación de operadores requiere la presencia en el Centro Comercial de determinados comercios que, por ser básicos, cualquier potencial comprador espera encontrar, o que son capaces de atraer a un alto número de compradores porque tienen un especial atractivo o son de difícil implantación en otro entorno. Ejemplos claros de los primeros son los establecimientos de alimentación (supermercados o hipermercados) y de los segundos los grandes establecimientos de bricolaje o de venta de muebles. En el sector estos operadores son comúnmente llamados «locomotoras» o «anclas».

La presencia de operadores locomotora y un equilibrado «*mix*» comercial —esto es, una oferta comercial variada y equilibrada—, son claves para el éxito de un Centro Comercial. Los Centros se diseñan, financian y comercializan teniendo estos factores muy presentes.

Contar con comercios locomotora de fuerte tirón genera no solo las ventas del propio operador, sino que también crea importantes sinergias para el resto, que se aprovechan de la atracción de compradores al Centro Comercial. Constituye un activo que aumenta sensiblemente el valor del Centro en caso de venta a un inversor al cabo de un tiempo, cuando ya está en marcha. Por el contrario, el abandono de operadores locomotora o la pérdida prolongada de un adecuado *mix* comercial supone un serio contratiempo para el Centro, pues lo hace menos atractivo para los compradores y otros operadores, reduce su valor y puede provocar un endurecimiento de las condiciones de su financiación.

Para el éxito de los Centros Comerciales también se requiere que los operadores estén abiertos simultáneamente y operen de forma coordinada. Así, es habitual que en los contratos de arrendamiento y reglamentos de funcionamiento se establezcan obligaciones de apertura en la fecha de inauguración del Centro, horarios comunes, limitaciones para realizar obras, etc.

Los contratos de arrendamiento suelen ser de larga duración y contener cláusulas que penalizan la terminación anticipada del contrato por causa que sea imputable al arrendatario. Ello está justificado por la elevada inversión que debe acometer el promotor, o el propietario que lo adquiere en funcionamiento, y por el alto grado de dependencia entre los operadores, que hace que el abandono o cierre de uno de ellos —especialmente si se trata de un operador locomotora— redunde no solo en perjuicio del arrendador sino también de los demás operadores.

B) Características específicas a tener en cuenta al valorar el desistimiento de arrendamientos en Centros Comerciales

Como acabo de apuntar, es importante para el arrendador de locales en Centros Comerciales asegurarse una cierta duración de los arrendamientos, por lo que en los contratos se suelen incluir cláusulas penales para disuadir a los

arrendatarios de desistir anticipadamente. Para conseguir este fin, normalmente cuando se trata de atraer a operadores con fuerte tirón comercial y, por tanto, con fuerza de negociación, el arrendador puede aceptar unas condiciones menos favorables en otros puntos, como la renta, la duración mínima del contrato para el arrendador, la contribución a gastos comunes, etc.

Estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta para valorar la justificación y proporcionalidad de las cláusulas penales por desistimiento, pues el perjuicio para el arrendador es mayor que la mera pérdida de rentas del local que se cierra, ya que puede repercutir en la captación de nuevos operadores y en las cifras de ventas de los que queden en el Centro Comercial, lo que normalmente tiene una incidencia negativa en las rentas, no solo por la pérdida de las de los operadores que abandonan o no se incorporan al Centro por este motivo, sino también porque las rentas de los que permanecen suelen tener un componente variable vinculado a las cifras de ventas de sus locales.

Además, cuando la cláusula penal para asegurar al arrendador la duración pactada del contrato está contrarrestada con otras condiciones que favorecen al arrendatario —por ejemplo, una renta más baja que si la duración del contrato hubiera sido más corta, o una duración obligatoria del contrato mucho más larga para el arrendador que para el arrendatario—, la ineficacia total o parcial de la cláusula penal puede romper el equilibrio contractual negociado por las partes, lo que no sería equitativo.

Otra situación que en ocasiones se produce —habida cuenta que generalmente los Centros Comerciales se comercializan a los operadores antes y durante de su construcción— es que el local haya sido construido específicamente para un operador en función de sus requerimientos, lo que justifica la necesidad del arrendador de asegurarse una duración mínima del arrendamiento, pues el local puede ser difícilmente comercializable a otro operador en condiciones similares.

Además, el perjuicio para un Centro Comercial que se deriva de que ciertos locales se encuentren vacíos hace que la opción para el arrendador de exigir el cumplimiento de un contrato del que el arrendatario ha desistido y no es de esperar que vuelva a ocupar en un corto plazo, sea generalmente poco satisfactoria, pues su interés principal suele ser volver a arrendar el local a otro arrendatario, para que no esté vacío y limitar las consecuencias negativas para el Centro en su conjunto. En estos casos, exigir el cumplimiento del contrato, esperar a que venza para volver a arrendarlo e ir reclamando las rentas a medida que se devengan, no es generalmente un remedio razonable para el arrendador, y así tiene que ser valorado al enjuiciar su reacción a la terminación anticipada del contrato por causas imputables al arrendatario.

Ahora bien, al igual que las características propias de los Centros Comerciales pueden suponer una mayor justificación de las cláusulas penales, en determinadas circunstancias pueden jugar en favor del desistimiento anticipado por los arrendatarios. Estos tienen la legítima expectativa de que el Centro Comercial

cuente con un nivel de ocupación, una variedad de oferta comercial, una gestión y unos servicios comunes adecuados, de manera que las carencias del Centro en estos u otros ámbitos podrían justificar el desistimiento del arrendatario.

Cuando en el contrato se pacte expresamente un nivel mínimo de ocupación o de otros aspectos de funcionamiento del Centro, si no se cumplen el arrendatario podrá resolver el contrato con sujeción a las reglas específicamente pactadas en el mismo y las que resulten de la Ley, y dará lugar a aquellas otras consecuencias que sean de aplicación en caso de incumplimiento.

Incluso cuando nada se hubiere pactado respecto a esos niveles mínimos, las carencias del Centro Comercial por debajo de lo anunciado por el arrendador al comercializar el Centro o de lo esperable para un Centro de sus características, pueden llegar a justificar la resolución contractual o la moderación o ineficacia de una cláusula penal por desistimiento unilateral del arrendatario.

Por tanto, en la valoración del desistimiento unilateral del arrendatario de un Centro Comercial deben ponderarse también las circunstancias del Centro en su conjunto y no solo las del local y el contrato de arrendamiento en cuestión.

CONCLUSIONES

I. El desistimiento anticipado y sin justa causa por el arrendatario de un contrato de arrendamiento sujeto a la vigente Ley de Arrendamiento Urbanos (LAU 94) permite al arrendador unos remedios que varían mucho en función de las circunstancias.

II. Para los arrendamientos de vivienda, la forma y consecuencias del desistimiento están claramente determinadas por la LAU, de manera que el margen de maniobra que tiene el arrendador es muy limitado.

Por el contrario, para los arrendamientos para uso distinto del de vivienda el desistimiento puede dar lugar a una variedad de situaciones. Así, tanto para que el arrendatario decida la mejor vía para plantearlo como para que el arrendador determine su reacción, será preciso un análisis jurídico y económico.

III. Desde la perspectiva del arrendador de un inmueble para uso distinto del de vivienda, a la vista de la jurisprudencia recaída en esta materia se puede concluir que, generalmente, la opción de exigir el cumplimiento del contrato protege en mayor medida su interés en cobrar la totalidad de las rentas y demás cantidades pactadas en el contrato por el periodo incumplido, pues por la vía de la resolución del contrato por incumplimiento y reclamación de los daños y perjuicios o de la aplicación de una cláusula penal, se corre el riesgo —variable en función de las circunstancias y del redactado del contrato— de que esa pretensión se vea limitada por los tribunales.

No obstante, en la práctica la opción de exigir el cumplimiento del contrato puede no ser una opción de interés para el arrendador, porque puede suponer

que el inmueble quede vacío durante un periodo mayor que si se comercializara de nuevo —lo que tiene unas consecuencias especialmente negativas en casos de arrendamientos en Centros Comerciales— y porque, cuando el arrendatario persiste en su intención de abandonar el inmueble y tiene poca solvencia, las posibilidades de que lo siga ocupando o de cobrar todas las rentas que se vayan devengando son escasas.

IV. Desde la perspectiva del arrendatario de un inmueble para uso distinto del de vivienda, la decisión de desistir anticipadamente debe tomarse tras un análisis pormenorizado de los riesgos que se derivan, pues puede desembocar en una situación en la que deba pagar la totalidad de las rentas y demás conceptos pactados en el contrato, con independencia de que ocupe o no el inmueble.

INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 3 de marzo de 1956
- STS de 11 de marzo de 1957
- STS de 17 de marzo de 1986
- STS de 7 de diciembre de 1990
- STS de 15 de junio de 1993
- STS de 15 de diciembre de 1994
- STS de 12 de diciembre de 1996
- STS de 29 de noviembre de 1997
- STS de 10 de mayo de 2001
- STS de 23 de mayo de 2001
- STS de 7 de febrero de 2002
- STS de 15 de julio de 2002
- STS de 20 de mayo de 2004
- STS de 9 de junio de 2004
- STS de 21 de junio de 2004
- STS de 15 de diciembre de 2004
- STS de 18 de julio de 2005
- STS de 3 de octubre de 2005
- STS de 3 de febrero de 2006
- STS de 12 de diciembre de 2006
- STS de 30 de abril de 2007
- STS de 13 de febrero de 2008
- STS de 2 de octubre de 2008
- STS de 18 de marzo de 2010
- STS de 4 de mayo de 2011
- STS de 9 de abril de 2012
- STS de 23 de octubre de 2012

- STS de 30 de abril de 2013
- STS de 27 de septiembre de 2013
- STS de 10 de diciembre de 2013
- STS de 29 de mayo de 2014
- STS de 9 de junio de 2014
- STS de 15 de octubre de 2014
- STS de 15 de diciembre de 2014
- STS de 15 de septiembre de 2015
- STS de 18 de marzo de 2016
- STS de 13 de septiembre de 2016
- STS de 16 de mayo de 2017
- STS de 3 de octubre de 2017
- SAP de Lleida de 8 de enero de 1999
- SAP de Cádiz de 8 de marzo de 1999
- SAP de Pontevedra de 3 de octubre de 2001
- SAP de Alicante de 19 de mayo de 2004
- SAP de Zaragoza de 14 de septiembre de 2004
- SAP de Valencia de 3 de noviembre de 2004
- SAP de Madrid de 1 de marzo de 2005
- SAP de las Palmas de 7 de septiembre de 2007
- SAP de Pontevedra de 15 de octubre de 2007
- SAP de Madrid de 22 de febrero de 2008
- SAP de Barcelona de 5 de marzo de 2008
- SAP de Barcelona de 27 de mayo de 2008
- SAP de Valencia de 28 de julio de 2008
- SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2008
- SAP de Baleares de 10 de marzo de 2009
- SAP de Madrid de 25 de marzo de 2009
- SAP de Valencia de 30 de marzo de 2009
- SAP de Burgos 12 de noviembre de 2009.
- SAP de Toledo de 6 de julio de 2010
- SAP de Granada de 5 de mayo de 2011
- SAP de Valencia de 19 de junio de 2012

BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2010). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Pamplona: Aranzadi (301).

— (2014). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 267/2013 de 30 de abril de 2013. Moderación o interpretación restrictiva de la cláusula penal. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 95.

CRESPO ALLÚE, F. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2014). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova (277).

DE VICENTE, S. Incumplimiento y penalizaciones en contratos de arrendamiento para uso distinto de vivienda de larga duración, *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 802/2010 (3).

ESTRUCH ESTRUCH, J. (2009). Algunas cuestiones sobre la facultad de desistimiento del arrendatario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 719, 997.

MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: Boletín Oficial del Estado (146 a 154).

QUESADA GONZÁLEZ, M.C. (2003) Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la pena convencional. *Aranzadi Civil,* núm. 14/2003 (42).

NOTAS

[1] Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre.

[2] Ley 29/1994, de 24 de noviembre.

[3] Artículos 1152-1155 del Código Civil.

[4] No obstante, debe tenerse en cuenta que el actual redactado del artículo 11 LAU fue introducido por medio de la Ley 4/2013 de 4 de junio, cuya disposición transitoria primera dispone que los arrendamientos anteriores continúan rigiéndose por la normativa que les era de aplicación, que disponía este derecho de desistimiento solo para los contratos de arrendamiento con una duración pactada superior a cinco años y una vez hubieran transcurrido esos cinco años. Así, para los contratos anteriores a la Ley 4/2013 este derecho de desistimiento solo aplica cuando concurren las citadas condiciones.

[5] Tener en cuenta lo indicado en la nota anterior respecto a los contratos anteriores a la Ley 4/2013. Cuando tuvieran una duración inferior a cinco años, el arrendador sí podría reclamar una indemnización por el desistimiento anticipado del arrendatario. En este sentido, SAP de Toledo de 6 de julio de 2010, SAP de Valencia de 30 de marzo de 2009 y SAP de Madrid de 25 de marzo de 2009.

[6] En este sentido, CRESPO ALLÚE, F. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2014). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova (277); y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2010). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Pamplona: Aranzadi (301).

[7] En este sentido, ver la STS de 18 de marzo de 2016.

[8] En este sentido ver, por ejemplo, la STS de 9 de junio de 2014 y de la doctrina, ESTRUCH ESTRUCH, J. (2009). Algunas cuestiones sobre la facultad de desistimiento del arrendatario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 719 (997).

[9] En esta línea, SSTS de 16 de mayo de 2017 y 27 de septiembre de 2013 y SAP de Pontevedra de 3 de octubre de 2001.

[10] Por ejemplo, ver uno de estos casos en la SAP de Valencia de 3 de noviembre de 2004.

[11] En este sentido, pueden citarse, entre otras, las SSTS de 2 de octubre de 2008, 30 de abril de 2007, 15 de julio de 2002, 23 de mayo de 2001 y 15 de junio de 1993.

[12] STS de 18 de marzo de 2010.

[13] STS de 15 de diciembre de 2004.

[14] En este sentido, CRESPO ALLÚE, F. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2014). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova (277); y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2010). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Pamplona: Aranzadi. (301).

[15] En este sentido, SAP de Toledo de 6 de julio de 2010, SAP de Valencia de 30 de marzo de 2009, SAP de Madrid de 25 de marzo de 2009 y SAP de Pontevedra de 3 de octubre de 2001.

[16] STS de 15 de septiembre de 2015, en un caso en que se constató que el arrendador no había vuelto a arrendar el local objeto de una promesa de arrendamiento de duración máxima de 25 años, con un plazo de obligado cumplimiento de 5 años, para el que el arrendador había incurrido en cuantiosos gastos para adecuarlo a las necesidades del arrendatario incumplidor.

[17] Por ejemplo, SAP de Barcelona de 5 de marzo de 2008 y SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2008.

[18] En este sentido, por ejemplo, SAP de Valencia de 3 de noviembre de 2004 y, en la doctrina, ALBIÑANA, I. (2011). Consecuencias del desistimiento unilateral del arrendatario. En: *Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada/Extraordinario-2011* (199-207).

[19] Por ejemplo, SAP de Madrid de 1 de marzo de 2005 y SAP de Valencia de 3 de noviembre de 2004.

[20] Al respecto, debe tenerse en cuenta que tal como se señala en el punto *A),* las cláusulas penales deben interpretarse restrictivamente.

[21] En este sentido, SAP de Cádiz de 8 de marzo de 1999.

[22] Definición recogida en STS de 11 de marzo de 1957, que se ha mantenido en sentencias posteriores.

[23] En este sentido ver, por ejemplo, SSTS de 15 de diciembre de 1994 y 17 de marzo de 1986.

[24] Por ejemplo, SSTS de 21 de junio de 2004 y 7 de febrero de 2002.

[25] Por ejemplo, SSTS de 10 de mayo de 2001 y 29 de noviembre de 1997.

[26] Por ejemplo, STS de 10 de mayo de 2001.

[27] Por ejemplo, STS de 13 de septiembre de 2016, en la que se enuncia la posibilidad de moderar penalizaciones por ser contrarias a la moral y orden público, cuando, a pesar de no concurrir ninguno de los supuestos del artículo 1154 del Código Civil, son manifiestamente desproporcionadas y se apartan de lo razonablemente previsible, ello siempre que el deudor acredite suficientemente la concurrencia de estas circunstancias. Ahora bien, en dicha sentencia el TS finalmente avaló la moderación de la pena por otros motivos, por entender que la reclamación iba contra actos propios y constituía un retraso desleal, por haber sido reclamada años más tarde de cuando se podía haber hecho. Destacar también la jurisprudencia que modera las cláusulas penales insertas en contratos de mantenimiento de ascensores, p. ej: SAP de Valencia de 19 de junio de 2012 y SAP de Alicante de 19 de mayo de 2004.

[28] En este sentido, ver SSTS de 30 de abril de 2013, 23 de octubre de 2012, 4 de mayo de 2011 y 12 de diciembre de 2006, entre otras. En sentido contrario, ver la opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2014). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 267/2013. Moderación o interpretación restrictiva de la cláusula penal. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 95*.

[29] Sobre la viabilidad o no de moderar una pena convencional, por una vía distinta al artículo 1254 del Código Civil —vía artículos 1103, 1258 o 1255 del Código Civil, o en base a la inexistencia o ilicitud de causa, al abuso de derecho o a la cláusula *Rebus Sic Stantibus—,* ver en la doctrina, MARÍN GARCÍA, I. (2017). *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Madrid: Boletín Oficial del Estado (146 a 154).

[30] Por ejemplo, SSTS de 18 de julio de 2005 y 12 de diciembre de 1996.

[31] En este sentido se pronuncia mayoritariamente la jurisprudencia y doctrina. Al respecto ver, por ejemplo, las SSTS de 13 de febrero de 2008 y 3 de octubre de 2005 acerca del carácter imperativo del artículo 1154 del Código Civil, y en la doctrina, QUESADA GONZÁLEZ, M.C. (2003) Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la pena convencional. *Aranzadi Civil,* núm. 14/2003 (42); y DE VICENTE, S. Incumplimiento y penalizaciones en contratos de arrendamiento para uso distinto de vivienda de larga duración, *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 802/2010 (3).

[32] En este sentido, SSTS de 7 de diciembre de 1990 y 3 de marzo de 1956 y SAP de Lleida de 8 de enero de 1999.

[33] STS de 29 de mayo de 2014, SAP de Granada de 5 de mayo de 2011 y SAP de Madrid de 22 de febrero de 2008.

[34] SAP de Madrid de 22 de febrero de 2008 y SAP de Burgos de 12 de noviembre de 2009.

[35] SAP de Granada de 5 de mayo de 2011.

[36] SAP de Zaragoza de 14 de septiembre de 2004 y SAP de Baleares de 10 de marzo de 2009.

[37] SAP de Valencia de 28 de julio de 2008.

[38] STS de 13 de septiembre de 2016.

[39] Por ejemplo, SSTS de 15 de diciembre de 2014 —si bien acaba aplicando la regla *Rebus Sic Stantibus*—, SAP de Pontevedra de 15 de octubre de 2007 y SAP de Las Palmas de 7 de septiembre de 2007.

[40] STS de 10 de diciembre de 2013 y SAP de Barcelona de 27 de mayo de 2008.

[41] Normalmente se denomina Centro Comercial al conjunto de locales comerciales en un mismo edificio con unas reglas de funcionamiento comunes, Galería Comercial cuando ese conjunto de locales es de menor tamaño y está integrada en el mismo edificio que otros locales no sujetos a las mismas normas de funcionamiento, y Parque o Complejo Comercial cuando el Centro o Galería Comercial se integra con otros sistemas comerciales con características diferenciadas, como puede ser un parque de medianas —esto es, de naves con construcciones generalmente separadas, con oferta comercial— o un parque de ocio, regidos por unas normas de funcionamiento, algunas de ellas comunes a todos ellos, y otras aplicables solo a los comercios que integran cada nivel del Complejo.

(Trabajo recibido el 25-7-2017 y aceptado para su publicación 4-10-2017)

DERECHO COMPARADO

El procedimiento de inscripción registral peruano como procedimiento administrativo especial

The peruvian registration procedure as a special administrative procedure

por

MAX ADOLFO PANAY CUYA

Abogado de la Dirección Técnica Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos

RESUMEN: El trabajo versa sobre el carácter especial del procedimiento de inscripción registral en el Perú, específicamente, que no es contencioso. Estas particularidades del procedimiento de inscripción registral fueron establecidas en normas reglamentarias dictadas por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos y, recientemente, en el año 2015 adquieren rango de ley con la dación de la Ley 30313.

ABSTRACT. The paper deals with the special nature of the registration procedure in Peru, specifically, that is not contentious. These particularities of the process of registry were established in regulations by the National Superintendency of Public Registries and, recently, in the year 2015 acquire rank of law by Law 30313.

PALABRAS CLAVE: Procedimiento de inscripción registral. Carácter no contencioso. Documento público. Calificación registral.

KEY WORDS: Registration procederle. Non-contentious. Public document. Qualification of the application for registration.

SUMARIO: I. EL PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL DENTRO DEL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS. —II. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL: 1. El procedimiento administrativo. 2. El procedimiento de inscripción registral: *a) Particularidades en la fase de iniciación del procedimiento. b) Particularidades en la fase de instrucción del procedimiento. c) Particularidades en la fase de conclusión o fin del procedimiento.* —III. EL PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL ES ESPECIAL: LA AUSENCIA DE CONTIENDA: 1. Antecedentes del procedimiento de inscripción registral como no contencioso. 2. La titulación auténtica como justificación de la ausencia de contención en el procedimiento de inscripción registral. 3. La función de calificación de las instancias registrales como justificación de la ausencia de contienda en el procedimiento de inscripción registral.—IV. LA OPOSICIÓN DE LA LEY 30313 COMO EXCEPCIÓN A LA AUSENCIA DE CONTIENDA EN EL PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL: 1. Elemento subjetivo para formular la oposición de la ley 30313. 2. Elemento objetivo para formular la oposición de la ley 30313. 3. Elemento formal para formular la oposición de la ley 30313.—V. LA OPOSICIÓN DE LA LEY 30313 NO ES UNA EXCEPCIÓN DE CARÁCTER NO CONTENCIOSO DEL PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL (CRÍTICA).—VI. LA OPOSICIÓN PREVISTA EN LA LEY 30313 ENTENDIDO COMO DEBER DE COLABORACIÓN.—CONCLUSIONES.

I. EL PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL DENTRO DEL SISTEMA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

El Sistema Nacional de los Registros Públicos (Sinarp) fue creado por la Ley 26366 (1994) como un sistema funcional dentro de la organización del Poder Ejecutivo destinado a asegurar el cumplimiento de la política registral nacional (política pública) —artículo 45 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley 29158, 2007)—.

Dicha política pública (política registral nacional) está dirigida al otorgamiento o reconocimiento de los derechos de los particulares y es conseguida mediante el ejercicio de la función registral en todos los Registros Públicos que integran el Sistema Nacional de los Registros Públicos (Sinarp).

Asimismo, la Ley 26366 (1994) crea una entidad de la Administración Pública como la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos para ser

rector de dicho sistema, cuyas decisiones requieren de la participación de varias entidades del Estado a través del Consejo Directivo conformado por representantes de la Presidencia del Consejo de Ministros, del Ministerio de Economía y Finanzas y del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento —artículos 3 y 6 del Reglamento de Organización y Funciones de la Sunarp— (Decreto Supremo 012-2013-JUS, 2013).

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) tiene la calidad de organismo público especializado, esto es, un organismo técnico especializado para atender la necesidad de tener una instancia que otorgue o reconozca determinados derechos de los particulares para el desarrollo de actividades económicas y, además, puedan ser oponibles a los distintos sujetos del sector público o privado —artículos 28, 31 y 33 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo— (Ley 29158, 2007).

Encomendar los Registros Públicos a una entidad de la Administración Pública es explicada por la doctrina: El altísimo costo de mantenimiento de un sistema generalizado de seguridad privada ha sido el factor que conduce a las sociedades para optar por un sistema de seguridad pública (MÉNDEZ GONZÁLEZ, 2011, 94).

En el campo del derecho administrativo, cuando el legislador dicta una norma atribuyendo a la Administración la correspondiente facultad de actuación —función administrativa—, lo hace porque existe un interés general que debe ser atendido y permite a esa administración actuar para su satisfacción (GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, 2013, 73). En ese sentido, la función registral responde a la satisfacción del interés general o fin público y se concreta en el conjunto de actividades que realiza el registrador y el Tribunal Registral en primera y segunda instancia, respectivamente, dentro de los procedimientos de inscripción y publicidad registral —conforme a las competencias atribuidas en los artículos 6 y 23 de la Ley de creación de la Sinarp— (Ley 26366, 1994).

El interés general o fin público consiste en proporcionar seguridad jurídica preventiva a los ciudadanos a través de la inscripción y posterior publicidad registral. De esa manera, es posible entender el interés público que tiene la inscripción en los Registros Públicos: «La publicidad no interesa solamente a ciertas personas, sino también —en la mayoría de casos— a los terceros en general, incluso al Estado, que considera como un interés propio la seguridad de las relaciones jurídicas mediante un buen sistema de constatación pública» (BARASSI, 1955, 462).

En cuanto a las actividades que debe realizar la Administración Pública, si se trata de la inscripción registral, consisten en calificar el título presentado, confrontar con los antecedentes del Registro y extender el asiento registral en la partida, siempre que el resultado de esa calificación sea favorable a la inscripción; y si se trata de la publicidad registral, las actividades consisten en evaluar la información contenida en el Registro para extraer o resumir determinado

hecho o acto, o reproducir (total o parcialmente) los documentos del archivo registral y, cuando corresponda, dejar constancia de la fidelidad del contenido.

En el marco de una economía social de mercado acogida en la Constitución Peruana de 1993, también es importante mencionar que los ciudadanos, en calidad de operadores y consumidores en el mercado, son los principales beneficiarios de la actividad de los Registros Públicos que proporcionan seguridad jurídica a la sociedad en general y al mercado en particular (RAJOY, 2005, 9-14).

II. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Para comprender el régimen del procedimiento de inscripción registral dentro del procedimiento administrativo en general, así como las características que lo definen como especial, es necesario describir previamente la regulación del procedimiento administrativo en el ordenamiento jurídico peruano.

1. El Procedimiento Administrativo

En el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General —artículo 29— consta la siguiente definición: «Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados» (Decreto Supremo 016-2017-JUS, 2017). Esta concepción legal del procedimiento debe ser interpretada conforme a los siguientes principios:

a) Debido procedimiento administrativo —previsto en el punto 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Decreto Supremo 016-2017-JUS, 2017)—: los actos y diligencias deben garantizar el derecho de defensa del administrado, facultándolo para exponer argumentos, ofrecer y producir pruebas, así como obtener una decisión motivada.

b) Razonabilidad —previsto en el punto 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Decreto Supremo 016-2017-JUS, 2017)—: Las decisiones de la autoridad administrativa se adoptan manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Al respecto, la doctrina nos recuerda que el debido procedimiento y la razonabilidad son expresiones del derecho a un debido proceso (ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, 2011, 283) (LANDA, 2002, 449).

El procedimiento administrativo es el medio o instrumento que tiene la Administración para cumplir dos importantes mandatos: de ejecución, dirigido a la aplicación de la ley; y de protección, dirigido al resguardo del derecho de los administrados (BLANKE, 2011, 22). Nuestra legislación sigue similar derrotero, el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General —artículo III del Título Preliminar— tiene la finalidad de establecer el régimen de la Administración Pública para que su actuación sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados en el marco de la Constitución y las leyes (Decreto Supremo 016-2017-JUS, 2017).

Asimismo, en la mencionada ley se clasifican los procedimientos administrativos en: a) de aprobación automática, y b) de evaluación previa (con silencio positivo o negativo[1]); y determina reglas particulares en los siguientes procedimientos administrativos especiales: el procedimiento administrativo trilateral[2] y el procedimiento administrativo sancionador[3].

Para los procedimientos especiales, el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General —artículo II del Título Preliminar— ha previsto que: las normas que las crean y regulan no pueden establecer condiciones menos favorables a los administrados; y cuando se reglamente dichos procedimientos deben seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento señalados en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Decreto Supremo 016-2017-JUS, 2017). Al respecto, resta precisar que este enunciado normativo corresponde ser interpretado de manera sistemática con otros enunciados normativos del mismo cuerpo legal y aquellos que atiende la materia registral, conforme se explica en los párrafos siguientes.

2. El procedimiento de inscripción registral

El procedimiento de inscripción registral tiene la característica de ser un procedimiento administrativo especial, reconocido de manera expresa en la Ley 30313, «Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación y modificatoria de los artículos 2013 y 2014 del Código Civil y de los Artículos 4 y 55 y la Quinta y Sexta Disposiciones Complementarias Transitorias y Finales del Decreto Legislativo 1049»:

> Artículo 2. Naturaleza del procedimiento de inscripción registral
>
> El procedimiento de inscripción registral de un título es especial y de naturaleza no contenciosa, con las excepciones previstas en la presente Ley.
>
> Únicamente cabe admitir el apersonamiento de autoridades o funcionarios al procedimiento de inscripción en trámite para plantear su

> oposición por suplantación de identidad o falsificación de documentos, conforme a lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley.
>
> La persona que presenta una solicitud de oposición sin arreglo a lo previsto en la presente Ley no forma parte del procedimiento, debiendo el registrador rechazar de plano dicha oposición, en decisión irrecurrible en sede administrativa.

Asimismo, el procedimiento de inscripción registral debe respetar las garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos (Sinarp) establecidas en la Ley de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos como su ente rector (Ley 26366, 1994):

> Artículo 3. Son garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos:
>
> a) La autonomía de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones registrales;
> b) La intangibilidad del contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio posterior o sentencia judicial firme;
> c) La seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparan en la fe del Registro; y
> d) La indemnización por los errores registrales, sin perjuicio de las demás responsabilidades que correspondan conforme a ley.

Si bien es cierto que, el carácter «especial» del procedimiento de inscripción registral está reconocido en esas disposiciones con rango de ley, también es cierto que, la regulación detallada de las actuaciones está presente en otras disposiciones de inferior rango como las contenidas en el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos dictado por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (resolución 126-2012-SUNARP-SN, 2012), el Reglamento de la Ley 30313 (Decreto Supremo 010-2016-JUS, 2016), entre otras.

Entonces, el enunciado normativo del artículo II del Título Preliminar del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General que contiene las reglas para los procedimientos especiales corresponde ser interpretado con otros enunciados normativos que preceptúan las características del procedimiento de inscripción registral que lo convierten en especial:

En primer lugar, en el numeral 3 del artículo II del Título Preliminar del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General considera que la autoridad administrativa, cuando reglamente el procedimiento especial, debe cumplir los deberes establecidos en la mencionada ley. Uno de los deberes de la autoridad administrativa que está contenido en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General es el siguiente: «interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen,

preservando razonablemente los derechos de los administrados» —numeral 8 del artículo 84— (Decreto Supremo 016-2017-JUS, 2017). Así, la interpretación teleológica se configura en el método preferente por disposición expresa del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

En segundo lugar, si la interpretación que se efectúe está destinada a atender de la mejor manera el fin público por el cual se adoptó la decisión política de crear el Sistema Nacional de los Registros Públicos (Sinarp), entonces es necesario conocer cuál es dicho fin público. La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, en calidad de organismo técnico especializado y ente rector del Sistema Nacional de los Registros Públicos, tiene como fin público otorgar o reconocer determinados derechos de los particulares para el desarrollo de actividades económicas y puedan ser oponibles a los distintos sujetos del sector público o privado —artículo 33 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley 29158, 2007)—. Para dicho fin público, se requiere del ejercicio de la función registral conforme al Sistema Nacional de los Registros Públicos —artículo 1 de la Ley de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Ley 26366, 1994)—.

En tercer lugar, la consecución del fin público requiere de la aplicación de los principios registrales señalados en el Código Civil peruano a los Registros Públicos —artículo 2009 (Decreto Legislativo 295, 1984)— tales como la titulación auténtica, legalidad, tracto sucesivo, entre otros.

En cuarto lugar, en esta actividad de interpretación también es importante coligar el concepto de jerarquía axiológica, esto es, una relación de valor entre normas, no creada por el propio derecho (como la jerarquía de las fuentes), sino por los intérpretes mediante un juicio de valor comparativo que puede ser expreso o tácito, por ejemplo, la norma NJ1 tiene más valor que la norma NJ2 (GUASTINI, 2015, 33).

En este orden de ideas, los enunciados normativos del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Decreto Supremo 016-2017-JUS, 2017) corresponden ser valorados conjuntamente con los enunciados normativos de los Registros Públicos plasmadas en el Libro IX del Código Civil peruano (Decreto Legislativo 295, 1984), las garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos (Sinarp) señaladas en el artículo 3 de la Ley de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Ley 26366, 1994) y el artículo 2 de la «Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación y modificatoria de los artículos 2013 y 2014 del Código Civil y de los artículos 4 y 55 y la Quinta y Sexta Disposiciones Complementarias Transitorias y Finales del Decreto Legislativo 1049» (Ley 30313, 2015).

Como resultado de esta valoración conjunta prevalece la singularidad de la finalidad pública obtenida mediante la función registral y, por tanto, en el juicio

de valor del procedimiento especial de inscripción registral corresponde favorecer los principios registrales, garantizando los derechos del administrado. Por consiguiente, no es apropiado interpretar aisladamente el texto del artículo II del Título Preliminar del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Ahora bien, conforme a los criterios legales de clasificación de los procedimientos administrativos y la propuesta de interpretación planteada, ¿dónde se incardina el procedimiento de inscripción registral? En el derecho positivo está la respuesta: el numeral 37.2 del artículo 37 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General[4] señala que el silencio administrativo negativo se aplica al procedimiento de inscripción registral (Decreto Supremo 016-2017-JUS, 2017) y, además, en la Ley que regula la oposición al procedimiento de inscripción registral, entre otros temas, se precisa que —artículo 2— dicho procedimiento es «especial» (también señala que es «no contencioso», pero esa característica se explicará posteriormente) (Ley 30313, 2015).

Por consiguiente, el procedimiento de inscripción registral es un procedimiento administrativo especial y de evaluación previa con silencio administrativo negativo. Lo afirmado está reconocido desde el año 2004 en el Texto Único Ordenado de Procedimientos Administrativos de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Decreto Supremo 008-2004-JUS).

Si bien el carácter «especial» del procedimiento de inscripción registral está reconocida en las disposiciones con rango de ley, es necesario destacar que también está presente en otras disposiciones de inferior rango como las contenidas en el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos (resolución 126-2012-SUNARP-SN, 2012).

Para mostrar el carácter «especial» del procedimiento de inscripción registral, de manera enunciativa, se detallan a continuación algunas de sus singularidades.

A) Particularidades en la fase de iniciación del procedimiento

En la Ley del Procedimiento Administrativo General —artículo 112— se indica que el procedimiento puede ser promovido de oficio por el órgano competente o a instancia del administrado, salvo que por disposición legal o por su finalidad corresponda ser iniciado exclusivamente de oficio o a instancia del interesado (Decreto Supremo 016-2017-JUS, 2017).

El procedimiento de inscripción registral es iniciado a instancia del interesado y la disposición legal que lo precisa está en el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos; además, señala como interesados en el procedimiento a las personas con las siguientes posiciones jurídicas —artículos III primer párrafo y 12—: los otorgantes del acto o derecho inscribible; el tercero interesado (es decir, quien tiene interés legítimo); y el notario (o su dependiente acreditado ante los Registros Públicos) que tiene interés propio para los efec-

tos de la solicitud de inscripción de los instrumentos que ante él se otorguen (resolución 126-2012-SUNARP-SN, 2012).

Es necesario señalar que la denominada «rectificación de oficio» por inexactitud registral, sea error material o de concepto, no constituye un supuesto de inicio de oficio del procedimiento de inscripción registral; porque, en realidad, no debe olvidarse que el procedimiento de inscripción registral había iniciado a solicitud del interesado y como resultado obtuvo una inscripción defectuosa que debe ser corregida sobre la base del título archivado que obra en los Registros Públicos. Entonces, la «rectificación de oficio» es seguida en un procedimiento secundario.

Si se trata de una rectificación mediante la presentación de un título modificatorio —sea error material o de concepto—, corrobora que el inicio del procedimiento de inscripción registral es a iniciativa del interesado que ha presentado el título modificatorio.

La fase de iniciación del procedimiento de inscripción registral también tiene la particularidad que no es necesaria la acreditación de la representación porque es diluida con la presunción *iuris tantum* —artículo III segundo párrafo— de que el presentante del título actúa en representación del adquirente del derecho o del directamente beneficiado con la inscripción solicitada (resolución 126-2012-SUNARP-SN, 2012).

Esta presunción reglamentaria es similar a la contenida en el artículo 39 del Reglamento Hipotecario de España. Al respecto, la doctrina de ese país adopta las siguientes posiciones: a) Presume que quien presente los documentos al Registro tiene la representación (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1999, 459); b) se trata de presentantes presuntos (MANZANO SOLANO y MANZANO FERNÁNDEZ, 2008, 199); y c) esta flexibilidad de quien puede solicitar la inscripción tiene como justificación que lo importante es el título inscribible y su tenencia implica que se encuentra legitimado (DE LA IGLESIA MONJE, 2010, 43).

A diferencia del país ibérico, en la regulación peruana la presunción *iuris tantum* antes señalada es matizada con otras disposiciones que establecieron las siguientes medidas de prevención para evitar que un instrumento público notarial falsificado sea presentado al Registro: Al principio, en el año 2001, se estableció que las actas de transferencia de propiedad del vehículo son presentadas en el Registro de Propiedad Vehicular por el notario o su dependiente acreditado ante la entidad (Decreto Supremo 036-2001-JUS); posteriormente, en el año 2008, se agregó que los instrumentos públicos protocolares notariales son presentados en el Registro de Predios o en el Registro de Mandatos y Poderes por el notario o su dependiente acreditado ante la entidad[5] (Decreto Legislativo 1049); finalmente, desde el año 2015, se ha establecido como regla general que los partes notariales y copias certificadas son presentados a los Registros a cargo de la Sunarp por el notario o su dependiente acreditado ante la entidad (Decreto Legislativo 1232).

En tales casos, de manera excepcional se permite que la presentación la realice una persona distinta siempre que el notario lo indique de manera expresa dentro del instrumento. Estas restricciones sobre el quién debe presentar los instrumentos públicos notariales en los Registros Públicos han sido denominadas por el Tribunal Registral como supuestos de «presentación cautiva»[6].

Puede parecer extraña la incorporación de disposiciones legales que conviertan al oficio notarial en una suerte de mensajería de los instrumentos públicos notariales dirigidos a los Registros Públicos; la explicación reside en tener una vía indirecta de prevenir la falsificación de los instrumentos, ilícito que permite despojar de sus derechos del supuesto interviniente, probando en apariencia una manifestación de voluntad que no existió. Claro está, la medida adoptada responde a la ausencia en Perú de Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs) que permita, en general, comprobar la autenticidad de los instrumentos públicos; salvo los avances en el uso de la firma digital en los partes notariales para ser enviados a los Registros Públicos.

Recientemente, en el mes de enero de 2015, se implementó la presentación de partes notariales con firma digital del notario para la inscripción de constitución de empresas en el Registro de Personas Jurídicas; a partir del mes de febrero de 2016 se convirtió en obligatoria la presentación de partes notariales con firma digital del notario para los actos a inscribirse en el Registro de Mandatos y Poderes de la Oficina Registral de Lima; y en el mes de marzo de 2016 se implementó la presentación de partes notariales con firma digital del notario para la inscripción de transferencias de propiedad en el Registro de Propiedad Vehicular y en el Registro de Predios. Conforme se extienda el uso de la firma digital a los demás actos y Registros a cargo de la Sunarp la «presentación cautiva» devendrá en innecesaria.

Durante varios años la mencionada «presentación cautiva» ha requerido de un procedimiento de acreditación ante la administración (Oficinas Registrales) sobre los dependientes del notario mediante la presentación de documentos en papel (soporte analógico). En la actualidad, consta en el Portal Institucional de la Sunarp el módulo denominado «Sistema Notario» que permite al notario, previo requerimiento para la autorización y uso, incorporar *on line* la información de sus dependientes a fin de que pueda ser consultado por las oficinas registrales en los distintos procedimientos. Asimismo, el módulo permite al notario incorporar la información cuando la presentación lo realice una persona distinta a su dependiente con el propósito de prevenir el ingreso de un instrumento falsificado (resolución 115-2015-SUNARP-SN, 2015)[7]. El uso del módulo es obligatorio para los notarios desde el 25 de diciembre de 2015, conforme a las recientes modificaciones del Decreto Legislativo del Notariado (Decreto Legislativo 1232).

El 22 de julio de 2015, el Colegio de Notarios de Lima (con la colaboración de la Agencia Notarial de Certificación del notariado español) realizó la presentación del sistema que centraliza la información de los documentos no-

tariales a fin de contribuir en la prevención de la criminalidad. El sistema está destinado a la detección de operaciones sospechosas en el delito de lavado de activos y la transmisión de información a la Unidad de Inteligencia Financiera, sin perjuicio que pueda incrementarse sus funcionalidades para utilizarlo en la prevención de presentación de instrumentos públicos notariales a los Registros a cargo de la Sunarp.

En ese sentido, si el sistema es utilizado por todos los notarios (no solo los notarios de Lima) e incorpora la funcionalidad que permita a los Registros Públicos obtener la información de los traslados notariales con el propósito de verificar su autenticidad, la «presentación cautiva» perderá su utilidad como medida preventiva contra la falsificación de instrumentos públicos notariales y podrá ser reemplazada por esta medida más efectiva.

De otra parte, en la Ley del Procedimiento Administrativo General se indica —artículo 134.1— que la administración debe recibir todos los formularios o escritos presentados a pesar de que incumplan lo señalado en la ley. Además, si no cumpliera algún requisito que pudiera ser salvado de oficio, la administración realizará las observaciones para que sean subsanadas en un plazo máximo de dos (02) días hábiles, de lo contrario, se considera no presentada la petición (Decreto Supremo 016-2017-JUS, 2017).

Otra particularidad del procedimiento de inscripción registral es que difiere de las reglas antes señaladas y en el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos se prevé —artículos 15 y 17— los siguientes supuestos de rechazo de la solicitud de inscripción: no acompañe la documentación indicada o lo acompañe en copia simple, no abone los derechos registrales de presentación, y no acredite el presentante el sufragio en las últimas elecciones, salvo tenga dispensa o no esté obligado a sufragar[8] (resolución 126-2012-SUNARP-SN, 2012). Sobre este último supuesto de rechazo es necesario señalar que su inclusión es discutible porque la Ley 28859 (2006) pretendió suprimir las restricciones civiles, comerciales, administrativas y judiciales cuando los ciudadanos no han cumplido con el sufragio electoral —artículo 1—.

También debe tenerse en consideración que el procedimiento de inscripción registral tiene como particularidad el denominado «asiento de presentación» (actualmente elaborado por medios informáticos) que determina el momento de ingreso de la solicitud de inscripción con la documentación pertinente a los Registros Públicos, es decir, la presentación del título a los Registros Públicos a través de la oficina de Diario con indicación de la fecha y hora.

En resumen, los efectos del «asiento de presentación» son los siguientes: es el antecedente necesario para la actuación de calificación del registrador dentro del procedimiento; la eficacia de la eventual inscripción se retrotrae a la fecha y momento que se produjo el asiento de presentación; y cierra la posibilidad de inscripción de algún título incompatible (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1999, 465-466).

B) Particularidades en la fase de instrucción del procedimiento

De manera muy similar a la norma española[9], el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General —numeral 168.1— se indica que la fase de instrucción tiene como objeto la realización de las actividades necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Tal verificación será realizada de oficio por la autoridad a cuyo cargo se tramita el procedimiento administrativo (de evaluación previa), sin perjuicio del derecho de los administrados a proponer actuaciones probatorias (Decreto Supremo 016-2017-JUS, 2017). Aquí se aprecia la virtualidad del principio inquisitivo como del principio dispositivo en el procedimiento administrativo.

Por el contrario, en el procedimiento de inscripción registral la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos están delimitados al título presentado al Registro para su calificación registral. El título es el documento que acredita fehaciente e indubitablemente la existencia del acto o derecho que se inscribe en el registro, así como los documentos que de manera complementaria coadyuvan a fundamentar la inscripción —artículo 7 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos— (resolución 126-2012-SUNARP-SN, 2012)[10]. Además, y como ha sido comentado anteriormente, constituye un supuesto de rechazo del inicio del procedimiento de inscripción registral cuando no se acompañe la documentación indicada en la solicitud o solo se presente en copia simple.

En ese sentido, en el procedimiento de inscripción registral la fase de instrucción está circunscrita al título presentado y su justificación reside en el requisito de titulación auténtica previsto en el artículo 2010 del Código Civil peruano: «La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria» (Decreto Legislativo 295, 1984).

Por la misma justificación, se comprende que en el procedimiento de inscripción registral tampoco resulta de aplicación lo establecido en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General en el sentido que —artículo 170.1—: «Los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver» (Decreto Supremo 016-2017-JUS, 2017). Texto legal que también es muy similar a la norma española[11].

Respecto a la formulación de alegaciones prevista en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, no debe confundirse con la presentación del «reingreso» previsto en distintos artículos del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos. Por un lado, las alegaciones son argumentos del administrado que respaldan su pretensión y son analizadas al momento que la administración resuelve, es decir, antes del pronunciamiento de la administración, y por otro lado, las disposiciones del TUO del Reglamento General de

los Registros Públicos establecen que mediante el «reingreso»: Se subsana una observación formulada por el registrador al título porque adolece de defecto subsanable o existe obstáculo en la partida registral que impide la inscripción —artículo 37—; se paga el mayor derecho registral conforme a la esquela de liquidación formulada por el registrador —artículo 37—; se solicita el desistimiento de la rogatoria —artículo 13— (resolución 126-2012-SUNARP-SN, 2012).

Sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias antes mencionadas, en la práctica, el «reingreso» eventualmente puede consistir en el escrito del solicitante de la inscripción que argumenta en contra de la denegatoria de inscripción (formulada en la esquela observación o liquidación por un mayor derecho registral) con la finalidad que el registrador reevalúe su calificación y proceda con la extensión de la inscripción. Esta práctica tampoco puede ser entendida como las alegaciones consideradas en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General porque el «reingreso» es presentado después que el registrador ha emitido el pronunciamiento de fondo sobre la solicitud de inscripción formulando la esquela de observación o esquela de liquidación (esto es, la denegatoria de la solicitud), según corresponda.

Finalmente, en el procedimiento de inscripción registral cabe la incorporación de informes de manera exclusiva en el Registro de Predios cuando se solicita la inscripción de un acto o derecho que implique la incorporación de un predio (inmatriculación) o su modificación física. Concretamente, el área de Catastro de la Oficina Registral verifica los datos técnicos del plano presentado y emite el informe referido a aspectos estrictamente técnicos donde se determine la existencia o no de superposición de partidas u otros aspectos relevantes. Dicho informe se realiza sobre la base de la información gráfica que tenga el área de catastro, actualizada a la fecha de emisión del informe técnico, y tiene carácter vinculante para el registrador —artículo 11 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios— (resolución 097-2013-SUNARP-SN, 2013)[12].

C) Particularidades en la fase de conclusión o fin del procedimiento

En el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General se indica que el procedimiento administrativo finaliza en cualquiera de los siguientes supuestos —artículo 195—: a) resolución que se pronuncia sobre el fondo del asunto; b) resolución que declare el fin del procedimiento por causas sobrevenidas que imposibilita la continuación; c) silencio administrativo positivo; d) silencio administrativo negativo (sin perjuicio que subsista la obligación de resolver hasta que el administrado interponga recurso administrativo o se notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional); e) desistimiento; f) declaración de abandono; g) acuerdos adoptados

como consecuencia de conciliación o transacción extrajudicial que tengan por objeto poner fin al procedimiento; h) la prestación efectiva de lo pedido a conformidad del administrado, en caso de petición graciable (Decreto Supremo 016-2017-JUS, 2017).

Concretamente, en el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos se indica que el procedimiento de inscripción registral termina con —artículo 2—: a) la inscripción; b) la tacha por caducidad del plazo de vigencia del asiento de presentación; y c) la tacha por la aceptación del desistimiento total de la rogatoria (resolución 126-2012-SUNARP-SN, 2012). El elemento común en los supuestos de conclusión del procedimiento antes descritos es que conllevan a la caducidad de la vigencia del asiento de presentación del título; además, si se tiene en consideración que la decisión del interesado de plantear el recurso de apelación queda limitada dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, entonces se advierte otro elemento común: los supuestos de conclusión del procedimiento previstos en el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos tampoco permiten recurrir a la segunda instancia registral.

Sin embargo, a continuación, se propone la lectura del artículo 2 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos que sea acorde con las disposiciones del procedimiento administrativo general.

En primer lugar, no debe olvidarse que en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos se indica que los distintos procedimientos de inscripción registral están sujetos a evaluación previa con silencio administrativo negativo (Decreto Supremo 008-2004-JUS, 2004), lo cual es corroborado en el numeral 37.2 del artículo 37 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Decreto Supremo 006-2017-JUS, 2017) y, por lo tanto, corresponde añadir el silencio administrativo como otro supuesto de conclusión del procedimiento.

En segundo lugar, los pronunciamientos sobre el fondo (entendidos como aquellos que ponen fin a la instancia y que son distintos a la inscripción) también deben ser considerados como supuestos de conclusión del procedimiento de inscripción registral. De la lectura del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos —artículo 42—, estos pueden ser los diversos supuestos de tacha sustantiva por defecto insubsanable tales como la falsedad documentaria, la presentación de copias simples, la invalidez del contenido del título o no contenga acto inscribible, la generación del asiento de presentación en el diario de una oficina registral distinta a la competente, la existencia de obstáculos insalvables que constan en la partida registral, la ausencia de presentación de planos en casos de independización de predios o el acto o derecho no preexista al asiento de presentación (resolución 126-2012-SUNARP-SN, 2012).

Por consiguiente, los supuestos de terminación o conclusión del procedimiento de inscripción registral son más que los señalados en el artículo 2 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos.

En cuanto a la «observación» contemplada en el procedimiento de inscripción registral es necesario distinguirla de la «observación» regulada en el procedimiento administrativo en general.

De una parte, en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General consta el siguiente texto —numeral 134.1 del artículo 134—:

(…). En un solo acto y por única vez, la unidad de recepción al momento de su presentación realiza las observaciones por incumplimiento de requisitos que no puedan ser salvadas de oficio, invitando al administrado a subsanarlas dentro de un plazo máximo de dos días hábiles. (Decreto Supremo 016-2017-JUS, 2017).

La «observación» señalada en el enunciado normativo se trata de un acto de trámite de la administración que no supone el pronunciamiento sobre el fondo y está inspirado en el principio antiformalista que tiene la finalidad de conceder la oportunidad al interesado para subsanar el defecto advertido (GONZÁLEZ PÉREZ, 2000, 271).

De otra parte, la «observación» en el procedimiento de inscripción registral es formulada en la fase de instrucción (luego que el título ingresó en el diario para generar el asiento de presentación) porque en la función de calificación se ha determinado que el título adolece de defecto subsanable o hay algún obstáculo en la partida registral que impide la inscripción, esto es, se trata de un acto de trámite en la fase de instrucción, pero que decide directamente sobre el fondo (deniega la inscripción). Dentro de esta particularidad se encuadra la figura del «reingreso» que consiste en la presentación de la subsanación frente a la formulación de la observación del registrador, o de lo contrario, ejercer el derecho del administrado de interponer el recurso de apelación.

En la práctica, el «reingreso» no solo es utilizado para presentar la documentación que subsane el defecto advertido por el registrador, sino que ha permitido la presentación de argumentos escritos en contra del pronunciamiento sobre el fondo con la finalidad que el registrador reevalúe su observación y, eventualmente, persuada por la inscripción sin necesidad de recurrir a la segunda instancia registral.

En cuanto a la «tacha» como supuesto de conclusión del procedimiento de inscripción registral, es un término adquirido del derecho procesal y tiene como antecedente el abrogado Reglamento General de los Registros Públicos aprobado por la Corte Suprema el 16 de mayo de 1968, esto es, cuando los Registros Públicos estaban bajo la inspección del Poder Judicial. Nótese que el término «tacha» continúa hasta la actualidad en el procedimiento de inscripción registral distinguiéndose la tacha «sustantiva», la tacha «por caducidad del plazo de vigencia del asiento de presentación», y la tacha «por aceptación del desistimiento total de la rogatoria».

En el ámbito del proceso civil, cabe recordar que la «tacha» se encontraba prevista para los testigos, los instrumentos privados, así como los instrumen-

tos públicos (arts. 405 y 449 del abrogado Código de Procedimientos Civiles de 1912); y actualmente, en el TUO del Código Procesal Civil (1993) están vigentes las siguientes reglas vinculadas con la «tacha»: a) en el artículo 300 señala que es posible interponerla contra los medios probatorios conformados por documentos, entre otros; b) en el último párrafo del artículo 301 establece la regla para tramitarla y su finalidad, es decir, que en principio se actúa el medio probatorio sin perjuicio que su eficacia sea resuelta en la sentencia; y c) en los artículos 242, 243 y 244 se establecen distintos supuestos de ineficacia del documento como medio probatorio, esto es, por falsedad, por ausencia de formalidad esencial prescrita en la ley con sanción de nulidad y por falsedad o inexistencia del documento público cuya copia ha sido ofrecida como medio probatorio en el proceso (resolución Ministerial 010-93-JUS).

La jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, Sala Superior Mixta y de Apelaciones NCPP (2010), sobre la base de la Casación 1357-96 publicada el 3 de mayo de 1998 en el diario oficial «El Peruano», ha precisado que en la «tacha» no se puede discutir aspectos que tendrían que verse en la vía de acción porque versa sobre una cuestión incidental (Considerando sexto de la resolución 55 del 27 de setiembre de 2010, Exp. 2006-021-0-2701-JM-LA-01).

Como puede apreciarse, los alcances de la «observación» o la «tacha» en el procedimiento de inscripción registral son más amplios que los previstos en el ámbito del procedimiento administrativo común y el ámbito procesal civil, respectivamente, y responde a particularidades arrastradas históricamente.

III. EL PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL ES ESPECIAL: LA AUSENCIA DE CONTIENDA

El ordenamiento jurídico peruano ha establecido que el procedimiento de inscripción registral es un procedimiento administrativo especial y de evaluación previa con silencio administrativo negativo. Si bien en el punto II. que antecede se detallan algunas singularidades que explican asignar el atributo de «especial», es necesario hacer hincapié en la «ausencia de contienda».

La «ausencia de contienda» es un atributo distintivo del procedimiento de inscripción registral en comparación con la regulación general del procedimiento administrativo y en la regulación general del proceso no contencioso en el ámbito procesal civil.

De un lado, el procedimiento de inscripción registral y su «ausencia de contienda» se distingue del procedimiento administrativo general, porque en este último se permite la contienda: en la relación generada entre la administración y el administrado-peticionante (para la satisfacción de su interés legítimo, la obtención de una declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, o el ejercicio de una facultad) es posible el aper-

sonamiento al procedimiento de otro administrado para formular su legítima oposición —artículo 116 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General— (Decreto Supremo 006-2017-JUS, 2017).

De otro lado, el carácter no contencioso del procedimiento de inscripción registral se distingue de la regulación en el ámbito procesal civil (respecto del proceso no contencioso), porque en el proceso civil se considera la posibilidad, en general, que exista la formulación de contradicción (oposición) conforme a las disposiciones contenidas en los artículos 753 y siguientes del TUO del Código Procesal Civil, aunque con características diferentes dependiendo del asunto a tratar (resolución ministerial 010-93-JUS). Por ejemplo, si el asunto es la adopción de una persona mayor de edad o la constitución de patrimonio familiar, la eventual oposición se resuelve dentro del proceso no contencioso; por el contrario, si el asunto es ofrecimiento en pago y consignación, la eventual oposición determina que el juez autorice la consignación sin pronunciarse sobre sus efectos y declara concluido el proceso sin resolver dicha oposición, quedando el derecho de las partes para que lo hagan valer en un proceso contencioso.

1. Antecedentes del procedimiento de inscripcion registral como no contencioso

La referencia de la reciente Ley 30313 (2015) a lo «especial» y «no contencioso» como características del procedimiento de inscripción registral no constituyen novedad, porque tienen como antecedentes normativos en el vigente artículo 1 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por resolución 126-2012-SUNARP/SN, del 18 de mayo de 2012: «El procedimiento registral es especial, de naturaleza no contenciosa y tiene por finalidad la inscripción de un título. (…)». A su vez, desde la creación de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, ese texto tuvo como antecedente el artículo 1 del abrogado Reglamento General de los Registros Públicos que fuera aprobado por resolución 195-2001-SUNARP/SN, del 19 de julio de 2001[13]. Por lo tanto, los antecedentes de la ley se encuentran en disposiciones reglamentarias de índole registral y lo acontecido ha sido elevar la jerarquía normativa.

También es importante detallar que diversas decisiones de la segunda instancia registral precedieron a las disposiciones reglamentarias glosadas. Así, el Tribunal Registral señalaba, respecto a la naturaleza no contenciosa del procedimiento, que en forma independientemente de la existencia de una disposición reglamentaria: «Tal criterio subyace a la jurisprudencia emitida por esta instancia respecto de controversias similares, pudiéndose citar las resoluciones 285-94-ORLC-TR y 432-2000-ORLC-TR, de fechas 11 de Julio de 1997 y 11 de diciembre de 2000, respectivamente» (resolución 59-2002-ORLC-TR, 2002).

Verificado el contenido de alguna de las resoluciones citadas por el Tribunal Registral se corrobora que en la resolución 432-2000-ORLC-TR, del 11 de diciembre de 2000, consta la siguiente argumentación:

> Que, finalmente, el procedimiento registral es de naturaleza no contenciosa, que se inicia a solicitud de parte interesada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 del Reglamento General de los Registros Públicos, por lo que no cabe el apersonamiento de terceros ajenos al procedimiento ni oposición a la inscripción solicitada, siendo improcedente en tal sentido, la oposición formulada (…).

Sin sustentarse en disposición legal, en la resolución 147-95-ORLC-TR, del 29 de diciembre de 1995, se indica que: «… el procedimiento registral es de naturaleza no contenciosa, por lo que no cabe admitir oposiciones a una solicitud de inscripción, debiendo desestimarse su pedido, …» (Oficina Registral de Lima y Callao, 1996, 21).

Asimismo, se puede apreciar que en la resolución 362-96-ORLC-TR, del 16 de octubre de 1996, se indicó que la solicitud de inscripción de la oposición es improcedente porque no es un acto inscribible y «… el procedimiento registral es de naturaleza no contenciosa, que se inicia a instancia de quienes solicitan una inscripción conforme al artículo 131 del Reglamento General de los Registros Públicos, …» (Oficina Registral de Lima y Callao, 1997, 16).

No obstante, verificado el artículo 131 del abrogado Reglamento General de los Registros Públicos —aprobado por el Oficio 1053-68 de la Corte Suprema—, solo regula el asunto de la presentación del título, esto es, que toda inscripción se efectúa instancia de quien adquiere el derecho, lo transmite, o tenga interés en asegurarlo. Por tal motivo, la argumentación estaría centrada en que no hay apersonamiento de terceros ni oposición porque el procedimiento se inicia a solicitud de la parte interesada con la inscripción, lo que nos lleva a señalar que estamos en un caso de falacia de falsa causa.

2. La titulación auténtica como justificación de la ausencia de contienda en el procedimiento de inscripción registral

Es necesario destacar que el procedimiento en el ámbito registral tiene por finalidad la emisión del asiento registral (esto es, el acto administrativo) y en dicho procedimiento están reguladas las distintas actuaciones que comprenden la presentación del título por el interesado (presupuesto para iniciar el procedimiento), las actuaciones del registrador en la calificación registral de ese título, la verificación de su adecuación con los antecedentes registrales (con excepción de la primera inscripción), así como las eventuales subsanaciones del interesado

destinadas a que el registrador extienda el asiento registral (de inscripción o anotación) en la partida de alguno de los Registros que conforman el Sistema Nacional de los Registros Públicos. La culminación del procedimiento con la emisión del asiento en la partida registral permite conferir la publicidad del acto o derecho contenido en el mencionado asiento registral.

A la vez, el «asiento registral» es el acto administrativo cuyo contenido tiene la presunción *iuris tantum* de ser válido y eficaz: «El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme. (…)» —artículo 2013 del Código Civil peruano— (modificado por la Ley 30313, 2015).

En el marco del procedimiento de inscripción registral y el asiento registral como su finalidad, la titulación auténtica es el sustento del contenido del «asiento registral». Dicho en otras palabras, el título presentado en el procedimiento de inscripción registral tiene la siguiente regulación singular: es el documento o conjunto de documentos que acreditan fehaciente e indubitablemente la existencia del derecho o acto contenido en el «asiento registral» —artículo 7 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos— (resolución 126-2012-SUNARP-SN, 2012).

La formalidad que debe tener el título para acreditar fehaciente e indubitablemente la existencia del derecho o acto está determinada en la regla general que las inscripciones se realizan sobre la base del título que conste en instrumento público —artículo 2010 del Código Civil peruano— (Decreto Legislativo 295, 1984). Así, el título que sustenta el asiento registral debe cumplir con la formalidad de constar en instrumento público. Dicha formalidad puede explicarse con la revisión de la exposición de motivos oficial del Código Civil peruano —apoyado en el artículo 400 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles abrogado— que contiene la siguiente definición:

> (…) los instrumentos públicos son los extendidos por funcionarios o personas debidamente autorizadas, que por el hecho de ser extendidos por ellos merecen fe, en el sentido de ser tenidos por ciertos mientras no se pruebe su falsedad. Dicha fe se extiende a la realidad del acto verificado ante funcionario correspondiente (BIGIO CHREM, 1998, 187).

Sin dejar de tener en consideración la perspectiva histórica antes descrita, con posterioridad, el enunciado normativo del TUO del Código Procesal Civil (1993) señala de manera amplia que los «documentos públicos» son otorgados por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones, las escrituras públicas y demás documentos otorgados ante o por notario en ejercicio de sus funciones y, en general, todo documento que la ley especial le otorgue la calidad de público.

Asimismo, precisa que: «La copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por Auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda» —artículo 235—[14]. Tratándose de los «documentos privados», en el mismo cuerpo normativo se utiliza un enunciado normativo en sentido negativo: aquellos que no tienen las características del documento público y, finalmente, determina que «la legalización o certificación de un documento privado no lo convierte en público» —artículo 236— (resolución ministerial 010-93-JUS).

La doctrina clásica complementa la noción de «documento público». Nicola COVIELLO explica que el documento público no se diferencia del documento auténtico y, de acuerdo con la etimología de la palabra, significa documento que tiene autoridad y, por tanto, produce fe pública. Es más, agrega lo siguiente: «(…), la noción que en el artículo 1315 da nuestro Código del documento público, es igual a la que da el código francés acerca del documento auténtico (art. 1317 'Code Civil'); solo se ha sustituido la palabra 'auténtico' por 'público'» (2007, 614)[15]. En España, la legislación registral precisa que los documentos auténticos son los expedidos por el Gobierno, autoridad o funcionario competente para darlos y deban hacer fe por sí solos —artículo 34 del Reglamento Hipotecario— (Decreto de 14 de febrero, 1947).

La escritura pública es el ejemplo «documento público» que a través de los antecedentes históricos permite comprender el tema; Jean DOMAT señalaba que en dicho documento intervienen los empleados públicos, es decir, los escribanos haciendo plena fe en juicio y probando dos hechos: primero, el acto ha ocurrido entre las personas que en la escritura se mencionan, en el tiempo y lugar señalados; segundo, las intenciones de las personas que celebran el acto están explicadas en la escritura. En consecuencia, «La autoridad de esta prueba se funda en el oficio público de escribano, establecido a fin de hacer auténticos los actos que autorizaron y signaron» (1861, 201).

A manera de corolario, el acto o derecho contenido del «asiento registral» se sustenta en el título conformado por documentos que contengan las formalidades necesarias para garantizar la autenticidad del contenido, la identidad de las personas que participan en el acto, entre otros aspectos primordiales (titulación auténtica). En el procedimiento de inscripción registral el documento (prueba escrita) con las formalidades específicas que acreditan de manera fehaciente e indubitable el acto o derecho contenido en el «asiento registral» es el «documento público».

Entonces, en el procedimiento de inscripción registral la acreditación está delimitada por el derecho positivo, como regla general, al título que consta en «documento público» (titulación auténtica), entonces en el procedimiento se establece una limitación probatoria a dicha prueba legal o tasada para acreditar el acto o derecho que conformará la información esencial en el contenido en el asiento registral. Esta limitación probatoria al «documento público» justifica que

no exista la regulación de un incidente «contencioso» dentro del procedimiento de inscripción registral.

El sistema de prueba legal o tasada es explicado en el ámbito judicial como la prueba que la ley prefija, de modo general, su eficacia. Dicho en otro giro, de la ley proviene la regla de experiencia que establecerá la credibilidad de una prueba. Entonces, la prueba tasada consiste en el establecimiento por parte del derecho positivo de un conjunto de reglas vinculantes mediante las cuales se limitan los elementos de prueba utilizables para formar la convicción y, además, determina de forma previa el valor que ha de atribuirse a cada instrumento de prueba (TALAVERA ELGUERA, 2009, 106).

La doctrina señala la prueba legal favorece necesidad de certeza y se justificaba en la desconfianza de los jueces, empero, en un proceso caracterizado por la inmediatez y la escritura, la prueba legal puede satisfacer ciertas necesidades cuando se trata de derechos disponibles. Así, la prueba legal es configurada como la incorporación en la legislación de: a) una máxima de experiencia, y b) una máxima de experiencia en sentido negativo cuando señala límites para admitir determinados medios de prueba (PROTO PISANI, 2006, 420).

Michele TARUFFO (2012, 179-194) comenta que, en el derecho moderno de las pruebas, una de las características principales consiste en la amplia eliminación de las pruebas legales que eran preponderantes en los siglos del derecho común —hasta finales del siglo XVIII—. Sin embargo, matiza esa apreciación cuando indica que en la actualidad el documento verdadero es la prueba más eficaz para crear convicción sobre la celebración de un contrato.

En cuanto a la idea de eliminación de las pruebas legales, el TUO del Código Procesal Civil (1993) regula los medios de prueba en esa dirección porque establece que todos los medios de prueba, aunque no estén tipificados, son idóneos para lograr las finalidades de acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones —artículos 188 y 191— (resolución ministerial 010-93-JUS). El ámbito administrativo sigue similar derrotero al señalar que los hechos invocados o que son conducentes para decidir un procedimiento pueden ser objeto de los medios de prueba necesarios —artículo 175 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General— (Decreto Supremo 006-2017-JUS, 2017).

Esta limitación probatoria en el procedimiento de inscripción registral, en principio, podría ser considerado como una vulneración del derecho de ofrecer y producir pruebas (vinculado al principio de verdad material); empero, esa apreciación debe ser refutada porque corresponde ponderar que dicho procedimiento no tiene por finalidad la solución de un conflicto o contienda, sino la inscripción del acto o derecho contenido en «documento público» (titulación auténtica) y que será objeto de publicidad (y al que se agrega determinados efectos jurídicos como la oponibilidad, la legitimación o la fe pública registral).

Asimismo, el «documento público» cumple una función especial en el asiento registral considerado como acto administrativo. Siendo el caso que el asiento registral (acto administrativo) carece de la expresión de las razones o motivación para su emisión —cuyo requisito es la regla general para todo acto administrativo conforme con el artículo 6 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Decreto Supremo 006-2017-JUS, 2017)—, la ausencia de motivación es suplida en España mediante la interpretación jurisprudencial flexible de una disposición normativa (similar al punto 6.2. del artículo 6 antes mencionado), para señalar que los datos contenidos en las diversas actuaciones plasmadas en el expediente —acorde con el principio de unidad y complementariedad— resultan la motivación *in aliunde* del acto (BALLESTEROS FERNÁNDEZ, 2006, 339).

Por esas consideraciones el «documento público» y, en general, el título (formal) presentado en el procedimiento de inscripción registral constituye la motivación *in aliunde* del asiento registral.

De otra parte, la importancia del «documento público» (título auténtico), dentro la configuración del procedimiento de inscripción registral para la emisión del asiento registral, no tiene correspondencia con la regla general de libertad de forma en la celebración del acto jurídico como causa de adquisición de los derechos reales —al respecto, el artículo 143 del Código Civil peruano establece que si la ley no designa una forma específica puede utilizarse aquella que las partes estimen conveniente (Decreto Legislativo 295, 1984)—.

Por ejemplo, tratándose de bienes inmuebles el sistema de transferencia de propiedad adoptado en el Código Civil peruano de 1984 —artículo 949— es consensual (*solo consensus*) inspirado en el artículo 1138 del *Code civil* y que en palabras de Louis JOSSERAND (1950, 271) es un sistema de la clandestinidad amparado por una rutina secular y la autoridad que se concedía a la «razón escrita», pues el contrato de venta requiere de forma escrita (pública o privada) —artículo 1582 del *Code civil*—. Incluso, el acto debe tener la forma auténtica para la publicidad inmobiliaria (publicité foncierè) —artículo 170-1 del Code civil—. Sin embargo, a diferencia de Francia, en el Código Civil peruano no se establece la forma escrita sino la libertad de forma. Por consiguiente, el derecho de propiedad del bien inmueble se adquiere fuera del Registro a través de documentos (públicos o privados) o de manera verbal.

La doctrina estima que no debe ser confundida la forma escrita para la validez o para la prueba del contrato con aquella exigida como título para el Registro (GALGANO, 1992, 145), es decir, debe comprenderse como si se trataran de compartimentos estancos.

Desde la perspectiva de las partes contratantes, se explica que el sistema de la clandestinidad concierne mejor a las intenciones de las partes en la voluntad de transferir la propiedad (en la ejecución del contrato) y cuando el contrato es nulo también resulta consecuente declarar nula la adquisición de la propiedad; empero, desde la perspectiva de los terceros y del crédito en general, el sistema tiene

el siguiente inconveniente: el eventual subadquirente del derecho de propiedad también lo perdería porque *nemo dat quod non habet* (GAUDEMET, 2000, 33).

Este inconveniente del sistema de la clandestinidad es matizado cuando se agrega el elemento de la inscripción de los derechos en los Registros Públicos porque elimina *ex post* la clandestinidad del sistema de transferencia y si la pretensión del Sistema Nacional de los Registros Públicos es cumplir una función de garantía o tutela de esos derechos (objeto de la publicidad registral) para alcanzar la finalidad de conseguir una seguridad jurídica preventiva; por lo tanto, no se comparte la posición doctrinaria que separe o distingue la forma del acto o contrato con aquella exigida como título para el acceso a los Registros Públicos.

Al contrario, la relación entre la forma del acto y el título formal que accede a los Registros Públicos es clara. En la práctica, conseguir la seguridad jurídica preventiva implica que el ciudadano obtenga el título formal (titulación auténtica) para presentar en el procedimiento de inscripción registral; dicho presupuesto para el inicio del procedimiento de inscripción registral no es favorecido cuando existe la regla de libertad de forma para la celebración del acto o contrato de transferencia de propiedad. Por ejemplo, la transferencia de propiedad cuya causa está en un acuerdo verbal (incluso escrito), luego tiene dificultades para la inscripción en los Registros Públicos pues no consta en documento público.

Finalmente, otra dificultad para la seguridad jurídica preventiva es el alto costo de la titulación auténtica, que es más notorio en los casos de posesiones informales. Aunque, en este último escenario, ha sido contrarrestado en alguna medida cuando se ha atribuido la función de formalización de la propiedad a una entidad de la Administración Pública: el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal – COFOPRI.

3. La función de calificación de las instancias registrales como justificación de la ausencia de contienda en el procedimiento de inscripción registral

La función de calificación registral consiste en el control sobre la legalidad del título (titulación auténtica) contenido en la solicitud de inscripción, así como la adecuación con los antecedentes registrales. El control de legalidad a través de la calificación registral es el tamiz ineludible para que el título acceda al Registro mediante la extensión del asiento de inscripción.

El control de legalidad del título (titulación auténtica) está previsto en el artículo 2011 del Código Civil peruano (Decreto Legislativo 295, 1984):

> Los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos.

> Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplica, bajo responsabilidad del Registrador, cuando se trate de parte que contenga una resolución judicial que ordene la inscripción. De ser el caso, el registrador podrá solicitar al juez las aclaraciones o información complementaria que precise, o requerir se acredite el pago de los tributos aplicables, sin perjudicar la prioridad del ingreso al Registro.

El primer párrafo tiene la influencia del artículo 18 de la Ley Hipotecaria española que establece la calificación de las formas extrínsecas de los documentos, la capacidad de los otorgantes, la validez de los actos contenidos en las escrituras públicas «… por lo que resulten de ellas y de los asientos del Registro» (Decreto de 08 de febrero, 1946). Este influjo, en general, es reconocido en la Exposición de Motivos del Libro IX denominado «Registros Públicos» del Código Civil peruano de 1984 cuando señala como una de las fuentes la Ley Hipotecaria española de 1946 (BIGIO CHREM, 1998, 177).

El texto del segundo párrafo fue incorporado con la vigencia del Código Procesal Civil en el año 1993 y el primer intento de desarrollo o delimitación de la función de calificación registral de los documentos judiciales se produjo en el año 2001 con el Reglamento General de los Registros Públicos —actualmente abrogado— que centró dicha función en los siguientes aspectos: naturaleza inscribible del acto o derecho, la competencia de la autoridad judicial, la formalidad del documento, así como la adecuación con los antecedentes registrales e incluye el cumplimiento de actos previos indispensables para la inscripción. Empero, esas delimitaciones de la función de calificación registral sobre documentos judiciales fueron objeto de una Acción Popular 2145-2003 que declaró inaplicable tales disposiciones reglamentarias porque el Poder Judicial no puede estar sujeto a las exigencias de la autoridad administrativa[16].

Posteriormente, un nuevo intento (vigente) de delimitación de la función de calificación registral sobre documentos judiciales contiene los siguientes aspectos:

> 5.1. Facultades del Registrador Público, para solicitar aclaraciones en las resoluciones judiciales.
>
> El Registrador Público, conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2011 del Código Civil, se encuentra autorizado para solicitar aclaración o información adicional al juez, cuando considere que el acto no resulta jurídicamente inscribible, cuando existan obstáculos que surjan del Registro o no se cumplan las formalidades extrínsecas del parte judicial. (resolución 029-2012-SUNARP-SA, 2012).

En general, en el ámbito reglamentario han sido desarrollado los alcances de la función de calificación registral —artículo 32 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos— (resolución 126-2012-SUNARP-SN, 2012).

De un lado, del título (titulación auténtica) se debe verificar: la naturaleza inscribible; la formalidad (que involucra la competencia del funcionario administrativo o notario que autorice o certifique el título) y validez (con particular hincapié en la capacidad de las partes que intervienen en el acto, incluyendo la verificación en el Registro Personal); la representación invocada (incluyendo la verificación en el Registro de Mandatos y Poderes o el Registro de Personas Jurídicas); y el cumplimiento de las disposiciones legales sobre la materia. De otro lado, en la relación del título (titulación auténtica) con los antecedentes registrales, se debe verificar: la adecuación con los asientos de la partida registral donde se extenderá la inscripción (esto es, la partida registral directamente vinculada) y, complementariamente, con los títulos archivados que fueron el sustento o fundamento, sin perjudicar el efecto de legitimador de dichos asientos; y no existan obstáculos y títulos pendientes relativos a la partida registral que impidan temporal o definitivamente la inscripción.

Sobre los alcances del control de legalidad a través de la calificación registral, anteriormente descrito, es necesario efectuar dos precisiones:

En primer lugar, el control de legalidad es el fundamento para que por medio de la publicidad registral se tenga certidumbre y confianza con datos veraces contenidos en el asiento de inscripción (PAU PEDRÓN, 2003, 18) y, en ese sentido, la referencia genérica a la verificación del cumplimiento de las disposiciones legales sobre la materia corresponde ser delimitado a aquellas disposiciones cuyo incumplimiento perjudican los datos objeto de la inscripción y posterior publicidad. Por el contrario, si la consecuencia jurídica por el incumplimiento de la disposición legal no tiene implicancias en los datos que serán objeto de la inscripción y posterior publicidad, entonces el control de legalidad debe ser favorable a la inscripción. En síntesis, la verificación del cumplimiento de las disposiciones legales sobre la materia versa sobre la verificación de la eficacia del acto o contrato.

En segundo lugar, la verificación de la adecuación del título (titulación auténtica) con los asientos registrales de la partida registral directamente vinculada es congruente con lo contemplado en la Exposición de Motivos del Código Civil peruano de 1984: «…, el registrador debe verificar la identidad entre el titular del derecho inscrito y la persona que interviene en el acto jurídico materia de inscripción. Del mismo modo, debe apreciar que entre el derecho inscrito y la materia de inscripción exista también identidad» (BIGIO CHREM, 1998, 190). En efecto, sobre la identidad personal y real del título con el registro, la doctrina lo explica de la siguiente manera: «Es decir, si el titular registral y el transmitente según el título son una misma persona, y si los títulos se refieren a la misma finca inscrita en el Registro» (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, 2012, 273).

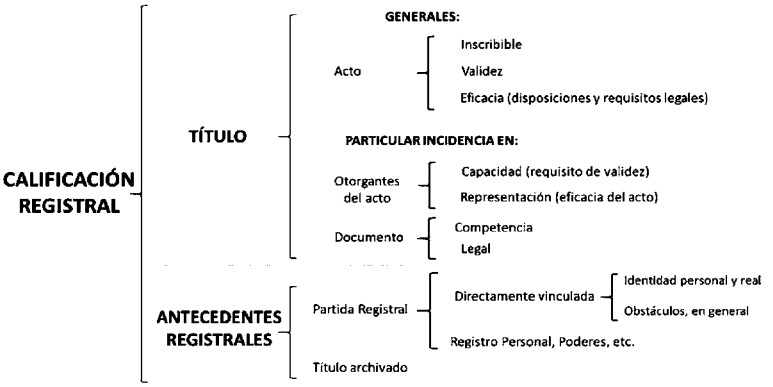
Cuando la función de calificación registral recae sobre los documentos administrativos, el Tribunal Registral mediante el precedente de observancia obligatoria del XCIII Pleno, realizado en la sesión extraordinaria presencial de los días 2 y 3 de agosto de 2012[17], ha delimitado los alcances:

2. Calificación de actos administrativos

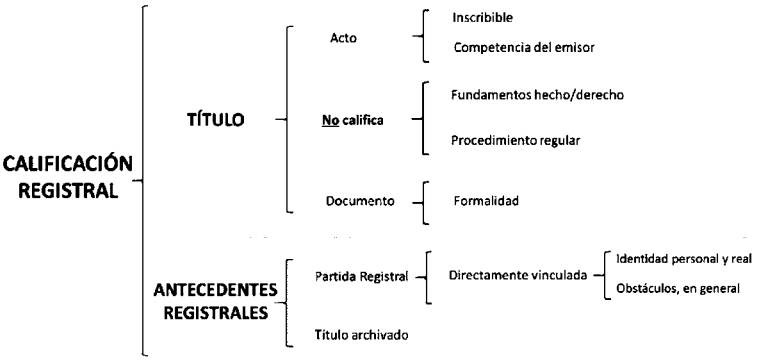
En la calificación de actos administrativos, el registrador verificará la competencia del funcionario, la formalidad de la decisión administrativa, el carácter inscribible del acto o derecho y la adecuación del título con los antecedentes registrales. No podrá evaluar los fundamentos de hecho o de derecho que ha tenido la Administración para emitir el acto administrativo y la regularidad interna del procedimiento administrativo en el cual se ha dictado.

A continuación, en resumen, se presenta las características de la función de calificación registral según se trate de un documento notarial o administrativo.

LA CALIFICACIÓN REGISTRAL: Parte Notarial



LA CALIFICACIÓN REGISTRAL (XCIII Pleno): Acto Administrativo



En el ejercicio de la función de calificación registral, la decisión de la instancia registral puede ser la extensión del asiento de inscripción o denegarla en los siguientes supuestos: si solamente falta el pago de la tasa registral, formula la esquela de liquidación definitiva; si advierte defectos subsanables, formula la esquela observación; o si advierte defectos insubsanables, formula la esquela de tacha sustantiva, conforme con lo señalado en los artículos 40, 41 y 42 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos (resolución 126-2012-SUNARP-SN, 2012)—.

En cuanto a la tacha sustantiva, los supuestos previstos en el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos son los siguientes: exista defecto insubsanable que afecta la validez del contenido del título; el título contiene acto no inscribible; el asiento de presentación se ha generado en el Diario de una Oficina Registral distinta a la competente; existan obstáculos insalvables que emanen de la partida registral; el acto o derecho inscribible no preexista al asiento de presentación respectivo (esta preexistencia no es del instrumento); advierta falsificación documental del título; el título no contiene los planos de independización y localización (ubicación) del área que es desmembrada autorizado por funcionario competente, o de ser el caso, firmado por verificador inscrito en el índice de verificadores del Registro de Predios; el título es presentado en copia simple no autorizada por norma expresa —artículo 43 y 43-A (resolución 126-2012-SUNARP-SN, 2012)—.

IV. LA OPOSICIÓN DE LA LEY 30313 COMO EXCEPCIÓN A LA AUSENCIA DE CONTIENDA EN EL PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL

1. Elemento subjetivo para formular la oposición de la ley 30313

Los sujetos legitimados que tienen el deber de formular la oposición al procedimiento de inscripción registral son el notario, el cónsul (cuando ejerce función notarial), el juez, el funcionario público y el árbitro —artículo 3— (Ley 30313, 2015).

Asimismo, la presentación de la oposición no puede ser efectuada por cualquier interesado, sino por las personas según las siguientes reglas (es decir, se trata de una «presentación cautiva»): Si el notario es quien se opone, debe ser ingresado por él o su dependiente acreditado ante el Registro a través del módulo «Sistema Notario»; si el cónsul es quien se opone, debe ser ingresada por el presentante del Ministerio de Relaciones Exteriores acreditado ante el Registro; si el árbitro es quien se opone, debe presentarlo personalmente ante el Registro. Por el contrario, la oposición formulada por el juez o el funcionario puede ser presentada al Registro por cualquier persona —artículo 33 del Reglamento de la Ley 30313 (Decreto Supremo 010-2016-JUS, 2016)—.

2. Elemento objetivo para formular la oposición de la ley 30313

La oposición al procedimiento de inscripción registral, señalada en la Ley 30313, solamente puede versar sobre los siguientes vicios en el título presentado al Registro: a) para extender el documento público se haya suplantado la identidad de alguno de los intervinientes que menoscaba la fe de identidad, o b) la falsificación del documento, incluso si está inserto o adjunto en un instrumento público —artículo 7 del Reglamento de la Ley 30313 (Decreto Supremo 010-2016-JUS, 2016)—. Asimismo, de acuerdo con el texto legal, la formulación de la oposición es una excepción a la naturaleza no contenciosa del procedimiento de inscripción registral —artículo 2— (Ley 30313, 2015).

La oposición al procedimiento de inscripción registral no involucra supuestos de falsedad ideológica —artículo 7.2 del Reglamento de la Ley 30313 (Decreto Supremo 010-2016-JUS, 2016)—. La falsedad ideológica consiste en insertar —o hacer insertar— en el instrumento público declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con dicho documento, con el objeto de utilizarlo como si la declaración fuera conforme a la verdad —artículo 428 del Código Penal— (Decreto Legislativo 635, 1991).

Conforme con lo antes descrito, se desprende que la oposición al procedimiento de inscripción registral tiene relación con la función de calificación en las actuaciones de verificar la capacidad de los intervinientes del acto o contrato (suplantación de identidad), así como la formalidad del documento público (falsificación del documento).

3. Elemento formal para formular la oposición de la ley 30313

La oposición al procedimiento de inscripción registral solamente puede estar sustentada en los siguientes documentos —artículo 3.1. (Ley 30313, 2015)—:

a) Declaración del notario señalando que ha sido suplantada la identidad del compareciente, otorgante o a sus representantes en el instrumento público protocolar (por ejemplo, escritura pública); o señalando que el instrumento público protocolar que aparentemente proviene de su respectivo despacho no ha sido emitido por él.
b) Declaración del notario señalando que ha sido suplantada la identidad de la persona en el instrumento público extraprotocolar (por ejemplo, certificación de firma); o señalando que el instrumento público extraprotocolar (por ejemplo, escritura pública) que aparentemente proviene de su respectivo despacho no ha sido emitido por él.
c) Declaración del cónsul señalando que ha sido suplantada la identidad del compareciente, otorgante o a sus representantes en el instrumento público protocolar (por ejemplo, escritura pública).

d) Declaración del cónsul señalando que ha sido suplantada la identidad de la persona en el instrumento público extraprotocolar (por ejemplo, certificación de firma).
e) Oficio del juez indicando que el parte judicial, que aparentemente proviene de su respectivo despacho, no ha sido expedido por él.
f) Oficio del funcionario indicando que el documento público presentado para su inscripción no ha sido extendido o emitido por la entidad que representa.
g) Declaración del árbitro, o presidente del tribunal arbitral, indicando que el laudo arbitral no ha sido expedido por él o el tribunal arbitral.

En el caso del instrumento público extraprotocolar que contiene alguno de los vicios de falsificación o suplantación de identidad, se precisa que la oposición será factible si tiene «mérito a la inscripción registral» —literales a y b del artículo 3.1. (Ley 30313, 2015)—, es decir, dicho documento debe ser el fundamento directo e inmediato de la inscripción o ser un documento complementario para conseguir la inscripción.

Asimismo, los documentos descritos desde el inciso a) hasta el inciso g) deben presentarse de manera conjunta con el formulario de solicitud de oposición aprobado por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos mediante la resolución 265-2016-SUNARP-SN.

La presentación de documentos distintos a los antes señalados tiene como consecuencia el rechazo inmediato por parte de los servidores del Registro, siendo dicha decisión irrecurrible en sede administrativa.

V. LA OPOSICIÓN DE LA LEY 30313 NO ES UNA EXCEPCIÓN DE CARÁCTER NO CONTENCIOSO DEL PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL (CRÍTICA)

José FERRATER comenta que la oposición en las proposiciones es definida como «… la afirmación y negación del mismo predicado con respecto al mismo sujeto. Ejemplo de oposición de proposiciones es la que hay entre la proposición 'Juan es prudente' y 'No es verdad que Juan sea prudente'» y, además, con la peculiaridad que en la «oposición contradictoria» las proposiciones se oponen en la cualidad y en la cantidad (2007, 270-271).

En el ámbito administrativo, la oposición está relacionada con la facultad de contradicción, pues cualquier administrado con capacidad jurídica se presenta personalmente ante la Administración Pública, o mediante representación, para formular legítima oposición artículo 116 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Decreto Supremo 016-2017-JUS, 2017). En definitiva,

«faculta la intervención de los interesados para oponerse u objetar cualquier actuación o juicio de la Administración o de otras partes…» (SÁNCHEZ MORÓN, 2012, 503).

Contrariamente a lo señalado en los párrafos precedentes y a lo establecido en el texto expreso de la Ley 30313 (2015), la regulación de la oposición no puede ser considerada como una excepción al carácter no contencioso del procedimiento de inscripción registral. Cuando la autoridad o funcionario formula su oposición al procedimiento de inscripción registral no introduce el elemento de contienda o conflicto en el procedimiento, por cuanto:

a) El conflicto requiere la incorporación de un tercero interesado (administrado) al procedimiento de inscripción registral con un pedido antagónico (facultad de contradicción) que debe ser resuelto, sin embargo, la autoridad o funcionario que formula la oposición prevista en la Ley 30313 es, en realidad, el interviniente del documento que constituye el título formal (titulación auténtica) presentado en el inicio del procedimiento de inscripción registral. Dicho en otro giro, la formulación de la oposición prevista en la Ley 30313 no conlleva a la modificación de la relación jurídica procedimental de inscripción registral entre la Administración Pública (las instancias registrales) y el administrado (interesado con la inscripción).
b) La materia de la oposición prevista en la Ley 30313 es la falsificación del documento o la suplantación de identidad que menoscaba la fe de identidad de alguna de las partes en el documento. Así, la autoridad o funcionario niega haber hecho emitido el documento o asevera que ha sido suplantada la identidad de la persona en el documento (en menoscabo de la fe de identidad declarada en dicho documento). Al contrario, no es materia de la oposición prevista en la Ley 30313 el hecho que la declaración contenida en el documento que constituye el título formal (titulación auténtica) presentado en el inicio del procedimiento de inscripción registral sea verdadera.
c) En el caso de falsificación del documento (título formal), dentro de los alcances de la calificación registral consta de manera escueta —artículo 36 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos (resolución 126-2012-SUNARP-SN)— la indicación que, si es advertida la falsedad de un documento, procede la tacha del título previa realización del trámite que acredite indubitablemente tal circunstancia. De dicho enunciado del reglamento, se desprende dos momentos: el primero, consiste en «advertir» la falsedad del documento, o mejor dicho, «sospechar» de la falsedad mediante, por ejemplo, el cotejo de la identidad de las firmas y los sellos que constan en el Módulo «Sistema Notario»[18]; y el segundo, realizar el trámite que lo acredite de manera

indubitable que, por lo general, se concreta requiriendo el pronunciamiento a quien aparece en el documento falsificado a fin de que señale de manera expresa la falsedad.

VI. LA OPOSICIÓN PREVISTA EN LA LEY 30313 ENTENDIDO COMO DEBER DE COLABORACIÓN

La autoridad o funcionario que formula la oposición prevista en la Ley 30313, en sentido lato, puede ser considerado como «partícipe» en el procedimiento de inscripción registral, porque interviene en el documento que constituye el título formal (titulación auténtica) presentado en el inicio del procedimiento y, por ende, se constituye en sujeto con el deber de colaboración de formular el acto procedimental de oposición —numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar y numeral 2 del artículo 65 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Decreto Supremo 016-2017-JUS, 2017), así como el numeral 3 del artículo 8 del Reglamento de la Ley 30313 (Decreto Supremo 010-2016-JUS, 2016)—.

Si la autoridad o funcionario, como «partícipe» en el procedimiento de inscripción registral, tiene el deber de colaboración para la consecución de la finalidad de dicho procedimiento, entonces formular la oposición prevista en la Ley 30313 (2015) es un deber jurídico que nace cuando acontece alguno de los siguientes supuestos de hecho:

a) Recibe la denuncia que contiene la solicitud del interesado en la que comunica la existencia de un procedimiento de inscripción registral en trámite sustentado en título formal (titulación auténtica) que adolece de falsedad del documento o suplantación de identidad de la persona en el documento (con menoscabo de la fe de identidad declarada en dicho documento) —artículo 15 del Reglamento de la Ley 30313 (Decreto Supremo 010-2016-JUS, 2016)—.
b) Por medio distinto a la denuncia, tiene conocimiento de la falsedad del documento o la suplantación de identidad de la persona en el documento (con menoscabo de la fe de identidad declarada en dicho documento) —artículo 21 del Reglamento de la Ley 30313 (Decreto Supremo 010-2016-JUS, 2016)—.

Finalmente, el denunciante puede promover el deber de colaboración de la autoridad o funcionario que formula la oposición prevista en la Ley 30313 suscribiéndose, previamente, al servicio gratuito de alerta registral; este último consiste en una herramienta informática que permite a cualquier interesado obtener información, a través de correo electrónico o mensaje de texto al telé-

fono móvil, sobre la presentación a la Oficina Registral de alguna solicitud de inscripción de título en trámite. Para tal efecto, el interesado necesariamente deberá consignar el número de partida registral, tipo de registro y oficina registral al momento de suscripción del mencionado servicio gratuito —artículo 11 del Reglamento de la Ley 30313 (Decreto Supremo 010-2016-JUS, 2016)—.

CONCLUSIONES

I. El procedimiento de inscripción registral es un procedimiento administrativo especial. Los principios del procedimiento administrativo se aplican a este procedimiento especial siempre que no afecte la finalidad pública por la cual fue creada. En ese sentido, en la actividad de interpretación de los enunciados normativos, en caso de conflicto de normas corresponde sostener que los principios registrales y las garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos (Sinarp) son preferidos sobre los principios administrativos.

II. La ausencia de contienda en el procedimiento de inscripción registral se sustenta en el principio registral de titulación auténtica y en la función de calificación registral del título y su confrontación con los antecedentes registrales.

III. En el ámbito de procedimiento de inscripción registral están previstas limitaciones probatorias, porque como regla general el título formal debe constar en «documento público» (titulación auténtica). Se trata de una prueba legal o tasada para acreditar el acto o derecho que conformará la información esencial en el contenido en el asiento registral. Esta limitación probatoria al «documento público» justifica que no exista la regulación de un incidente «contencioso» dentro del procedimiento de inscripción registral.

IV. La prueba legal o tasada establecida en el procedimiento de inscripción registral se sustenta en la finalidad del procedimiento, esto es, la inscripción del acto o derecho contenido en «documento público» (titulación auténtica) y que será objeto de publicidad con determinados efectos jurídicos como la oponibilidad, la legitimación o la fe pública registral.

V. La oposición al procedimiento de inscripción registral prevista en la Ley 30313 corresponde ser entendida como una manifestación del deber de colaboración de la autoridad o funcionario para la consecución de la finalidad del procedimiento.

RESOLUCIONES DE LA SUNARP

- Resolución 126-2012-SUNARP-SN, de 18 de mayo de 2012.
- Resolución 115-2015-SUNARP/SN, de 20 de abril de 2015.
- Resolución 097-2013-SUNARP-SN, de 3 de mayo de 2013.

BIBLIOGRAFÍA

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. (2006). *Manual de Administración Local* (Quinta ed.). Madrid: Wolters Kluwer España S.A.

BARASSI, L. (1955). *Instituciones de Derecho civil* (Vol. II). Barcelona: Bosch.

BIGIO CHREM, J. (1998). *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil. Hipoteca, pago, derecho de retracto, registros públicos. Comisión Revisora del Código Civil*. Lima: Cultural Cuzco S.A.

BLANKE, H.-J. (noviembre de 2011). La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del Derecho administrativo. Márgenes de discrecionalidad y apreciación. *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa.* (P. Aberastury, & H.-J. Blanke, Edits.) Buenos Aires: EUDEBA; Fundación Konrad Adenauer.

COVIELLO, N. (2007). *Doctrina General del Derecho Civil*. (F. d. Tena, Trad.) Lima: Ara Editores.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I. (2010). *El principio de rogación y el procedimiento de inscripción*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

DÍEZ-PICAZO, L., & GULLÓN, A. (2012). *Sistema de Derecho civil. Derechos reales en general* (Octava ed., vols. III, Tomo 1). Madrid: Tecnos.

DOMAT, J. (1861). *Las leyes civiles en su orden natural* (Tercera ed., Vol. II). (F. Vilarrubias, & J. Sarda, Trads.) Barcelona, España: Librería de Esteban Pujal.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E. (octubre de 2011). Principios del procedimiento administrativo: un balance crítico. *Ley del Procedimiento Administrativo General. Diez años después*. (D. Zegarra Valdivia, & V. Baca Oneto, Edits.) Lima, Perú: Palestra.

FERRATER MORA, J. (2007). *Diccionario de filosofía abreviado* (Vigésimo Octava ed.). Buenos Aires: Debolsillo.

GALGANO, F. (1992). *El negocio jurídico*. (F. Blasco Gascó, & L. Prats Albentosa, Trads.) Valencia: Tirant lo Blanch.

GAMERO CASADO, E., & FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2013). *Manual Básico de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.

GAUDEMET, E. (2000). *Teoría General de las Obligaciones* (Tercera ed.). (P. Macedo, Trad.) Mexico: Porrúa.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2000). *Manual de procedimiento administrativo*. Madrid: Civitas.

GUASTINI, R. (octubre de 2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía* (43), 11-48.

JOSSERAND, L. (1950). *Derecho Civil. La propiedad y los otros derechos reales y principales*. (Vols. III, Tomo I). (S. Cunchillos y Manterola, Trad.) Buenos Aires: EJEA-BOSCH editores.

LANDA, C. (2002). El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. *Pensamiento Constitucional* (8), 445-461.

MANZANO SOLANO, A., & MANZANO FERNÁNDEZ, M. (2008). *Instituciones de derecho registral inmobiliario*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. (2011). *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio personal*. Navarra: Civitas - Thomson Reuters.

Oficina Registral de Lima y Callao. (1996). *Jurisprudencia Registral* (Vol. II). Lima: Oficina Registral de Lima y Callao.

— (1997). *Jurisprudencia Registral* (Vol. III). Lima: Oficina Registral de Lima y Callao.

PAU PEDRÓN, A. (2003). *Elementos de Derecho hipotecario* (Segunda ed.). Madrid: Comares.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1999). *Derechos reales. Derecho Hipotecario* (Vol. II). Madrid: Centro de Estudios Registrales.

PROTO PISANI, A. (2006). *Lezioni di Diritto Processuale Civile* (Quinta ed.). Napoli: Jovene Editore.

RAJOY, E. (2005). *La calificación registral en el marco de la Unión Europea*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mecantiles y Bienes Muebles de España.

Resolución 55, Exp. 2006-021-0-2701-JM-LA-01 (Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, Sala Superior Mixta y de Apelaciones 27 de setiembre de 2010). Recuperado el 2 de noviembre de 2015, de http://historico.pj.gob.pe/imagen/documentos/.%5C.%5Ccortesuperior%5CMadreDeDios%5Cdocumentos%5C2006-021-0-JM-LA.pdf

Resolución 59-2002-ORLC-TR (Tribunal Registral 30 de enero de 2002).

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2012). *Derecho administrativo. Parte general* (Octava ed.). Madrid: Tecnos.

TALAVERA ELGUERA, P. (2009). *La prueba. En el nuevo proceso penal* (Primera ed.). Lima: Academia de la Magistratura.

TARUFFO, M. (2012). *Proceso y Decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal*. Madrid: Marcial Pons.

Tribunal Constitucional. (16 de enero de 2012). *Tribunal Constitucional de la República del Perú*. Recuperado el 2 de marzo de 2016, de http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03891-2011-AA.html

NOTAS

[1] Cfr.: artículo 31 del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 006-2017-JUS.

[2] Cfr.: artículo 227 y siguientes del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 006-2017-JUS.

[3] Cfr.: artículo 245 y siguientes del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 006-2017-JUS.

[4] El antecedente de esta disposición se encuentra en el derogado artículo 34, numeral 34.1.4. de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, cuando precisa que los procedimientos de evaluación previa están sujetos al silencio negativo cuando se trate de la inscripción registral.

[5] Cfr.: sexta y séptima Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Legislativo 1049, Decreto Legislativo del Notariado, publicado en el diario oficial «El Peruano» el 26 de junio de 2008.

[6] Cfr.: resoluciones N° 2128-2011-SUNARP-TR-L, del 24 de noviembre de 2011, núm. 241-2012-SUNARP-TR-L, del 16 de febrero de 2012, núm. 1295-2012-SUNARP-TR-L, del

6 de septiembre de 2012, núm. 501-2013-SUNARP-TR-L, del 31 de octubre de 2013, núm. 1380-2014-SUNARP-TR-L, del 24 de julio de 2014, y núm. 744-2015-SUNARP-TR-L, del 17 de abril de 2015. La «presentación cautiva» como medida de precaución a la presentación de documentos falsificados, se establece con la regla general para que el único que pueda presentar el título sea el notario (ante quien se extiende el instrumento público o que otorga la copia certificada), su dependiente acreditado y, excepcionalmente, el tercero acreditado. En ambos casos, la acreditación se realiza a través del Módulo «Sistema Notario» administrado por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

[7] Cfr.: resolución núm. 115-2015-SUNARP/SN, aprobado el 20 de abril de 2015, que regula los alcances de módulo denominado «sistema notario» para ser utilizado por los notarios y por los funcionario o servidores de la Sunarp.

[8] Cfr.: artículos 15 y 17 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por resolución 126-2012-SUNARP-SN, del 19 de mayo de 2012.

[9] Cfr.: el numeral 1 del artículo 75 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

[10] Cfr.: artículo 7 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por resolución 126-2012-SUNARP-SN, del 19 de mayo de 2012.

[11] Cfr.: el numeral 1 del artículo 76 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

[12] Cfr.: artículo 11 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado por resolución 097-2013-SUNARP-SN, del 03 de mayo de 2013.

[13] «El procedimiento registral es especial, de naturaleza no contenciosa y tiene por finalidad la inscripción de un título. No cabe admitir apersonamiento de terceros al procedimiento ya iniciado, ni oposición a la inscripción».

[14] En cuanto dicho enunciado normativo, así como los enunciados contenidos en el artículo 47 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Decreto Supremo 006-2017-JUS, 2017) en el sentido de que en el procedimiento administrativo las Entidades están obligadas a recibir con el mismo valor probatorio: a) las copias simples o autenticadas por los fedatarios institucionales, en reemplazo de documentos originales o copias legalizadas notarialmente de tales documentos, o b) los instrumentos privados, boletas notariales o copias simples de las escrituras públicas (en vez de instrumentos públicos de cualquier naturaleza, o testimonios notariales, respectivamente); no pueden ser considerados y aplicados en el ámbito del procedimiento de inscripción registral, pues existe la siguiente disposición reglamentaria especial sobre el tema: «Cuando las inscripciones se realicen en mérito a instrumentos públicos, solo podrán fundarse en traslados o copias certificadas expedidas por el Notario o funcionario autorizado de la institución que conserve en su poder la matriz, (…)» —artículo 9 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos— (resolución 126-2012-SUNARP-SN).

[15] Respecto al Código francés puede confrontarse: PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. Derecho Civil (parte B). Traducción de Leonel Pereznieto Castro del Traité Élémentaire de Droit Civil. Harla, México, 1998, volumen 4, 594-597.

[16] Publicado en el diario oficial «El Peruano» el 12 de febrero de 2005.

[17] Publicado en el diario oficial «El Peruano» el 16 de agosto de 2012.

[18] Cfr.: resolución 115-2015-SUNARP-SN, de 20 de abril de 2015.

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

La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa

The European Regulation of Online Intermediary Platforms in the Age of the Collaborative Economy

por

AURA ESTHER VILALTA NICUESA*

Doctora en Derecho. Profesora Agregada de Derecho civil acreditada a Cátedra por AQU. Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

RESUMEN: Las plataformas de intermediarios digitales impulsan la creación de valor que genera crecimiento económico en el Mercado único. Resulta esencial la fijación de un marco regulatorio que estimule su crecimiento, al propio tiempo que evite la confusión y fragmentación normativa y proliferación de normas sectoriales contradictorias a nivel nacional. Es por ello oportuno ordenar el acervo normativo de la Unión Europea al que quedan sometidas estas plataformas digitales —en ámbitos tales como la competencia, la protección de consumidores, datos personales, libertades del mercado único o seguridad de las redes y de la información— así como garantizar su cumplimiento para generar confianza y que todos los agentes puedan competir en condiciones de igualdad. También la efectividad reviste enorme importancia. Dada la naturaleza transfron-

* Investigadora del Internet Interdisciplinary Institute (IN3); Miembro del National Center of Technology and Dispute Resolution, Umass, Amherst (NCTDR).

teriza de estas plataformas, la ejecución requiere la articulación de mecanismos de autocumplimiento tales como las herramientas reputacionales y otras medidas que permitan la cooperación entre plataformas y autoridades nacionales. Este trabajo da cuenta del fenómeno, describe el estado del arte en diversos países miembros de la Unión Europea, analiza las recientes iniciativas comunitarias y los incipientes trabajos académicos llevados a cabo por la comunidad científica para dotar a las plataformas digitales de un marco jurídico, y efectúa algunas indicaciones propositivas y de lege ferenda para articular y ordenar el futuro cuadro normativo regulador, atendiendo a los diversos problemas prácticos que se derivan de la contratación en el seno de tales plataformas.

ABSTRACT: Online intermediary platforms impel the creation of value that generates economic growth in the European Single Market. It is essential to establish a regulatory framework that fosters its potential while avoiding the confusion and fragmentation of regulations and the proliferation of contradictory sectoral rules at national level. It is therefore needed to order the European Union's regulatory acquis to which these digital platforms are subject - in areas such as competition, consumer protection, personal data, single market freedoms or network and information security, in order to guarantee its fulfillment, to generate confidence and to ensure that all the agents can compete in conditions of equality. Effectiveness is also of great importance. Given the cross-border nature of these platforms, implementation requires the articulation of self-fulfillment mechanisms such as reputational tools and other measures that allow cooperation between platforms and national authorities. This paper reports on the phenomenon, describes the state of the art in several

PALABRAS CLAVE: Economía compartida. Economía colaborativa. Plataformas de intermediarios digitales. Justicia civil. Comercio electrónico. Tribunales. Reclamaciones. Consumidores y usuarios.

KEY WORDS: Sharing economy. Collaborative economy. Digital intermediary platforms. Civil justice. Ecommerce. Courts. Claims. Users and consumers.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA ECONOMÍA COLABORATIVA. —II. LAS PLATAFORMAS DE INTERMEDIARIOS DIGITALES. ÁMBITO DE APLICACIÓN.—III. NATURALEZA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS EN EL SENO DE LAS PLATAFORMAS DE INTERMEDIARIOS DIGITALES.—IV. ESTADO DEL ARTE NORMATIVO EN PAÍSES DEL ENTORNO ECONÓMICO EUROPEO: 1. Bélgica. 2. Francia. 3. Italia. 4. Alemania. 5. Reino Unido. 6. Suecia. 7. Holanda. 8. España.—V. INICIATIVAS DE LA

UNIÓN EUROPEA: 1. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO SOBRE UNA AGENDA EUROPEA PARA LA ECONOMÍA COLABORATIVA. 2. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO SOBRE *LAS PLATAFORMAS EN LÍNEA Y EL MERCADO ÚNICO DIGITAL*. 3. PROYECTO DE INFORME SOBRE LAS *PLATAFORMAS EN LÍNEA Y EL MERCADO ÚNICO DIGITAL (2016/2276 [INI])* DE LA COMISIÓN DE INDUSTRIA, INVESTIGACIÓN Y ENERGÍA Y DE LA COMISIÓN DE MERCADO INTERIOR Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. 4. PROPUESTAS PARA UNA REGULACIÓN EUROPEA DE LAS PLATAFORMAS DE INTERMEDIARIOS EN LÍNEA: *a) Transparencia. b) Sistemas de retroalimentación de reputación. c) Deber de informar sobre la plataforma y el proveedor. d) Régimen de responsabilidad por la información suministrada por plataformas y/o proveedores.*—VI. INDICACIONES CONCLUSIVAS.—VII. REFERENCIAS NORMATIVAS.—VIII. JURISPRUDENCIA EUROPEA.—IX. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN. LA ECONOMÍA COLABORATIVA

Los términos economía compartida, economía colaborativa, consumo colaborativo, consumo participativo, economía circular, hacen referencia a los nuevos modelos económicos en los que las actividades son facilitadas por plataformas digitales de colaboración, creando un mercado abierto para el uso temporal de bienes o servicios que suelen proporcionar los particulares. Tienen como eje central la participación activa de los ciudadanos y su capacidad de influir en el mercado en una relación más horizontal entre las partes. Estas nuevas modalidades encierran relaciones jurídicas en ocasiones de difícil incardinación en los esquemas tradicionales y plantean dificultades de calificación jurídica. Se materializan además a través de plataformas digitales y gracias a la confianza que genera el uso de muy diversos sistemas de reputación y herramientas que manifiestan asimismo una extraordinaria capacidad de evitar conflictos. En su expresión más prístina los responsables de estas plataformas digitales actúan como meros intermediarios tecnológicos y los operadores intercambian bienes o servicios que son infrautilizados. Sin embargo en los últimos tiempos las plataformas han ido incorporando servicios subyacentes facilitando a prestadores y a destinatarios prestaciones adicionales. Estas nuevas realidades suscitan, no solo desde un plano formal sino particularmente a nivel práctico, numerosos interrogantes[1] por las implicaciones jurídicas que se desprenden de cada modelo según su distinta conceptuación y calificación. La Unión Europea no ha adoptado terminología, definiciones y descriptores uniformes. Así, se observa como por un lado, la Comisión Europea se decanta por utilizar la expresión más abierta de economía colaborativa (*collaborative economy*) y evita la expresión economía compartida (*sharing economy*)[2] de límites más estrechos. Y la describe como un ecosistema complejo de provisión de servicios y bienes para uso temporal

y basado en intercambios a través de plataformas en línea[3]. Mientras que el Parlamento Europeo hace referencia a un nuevo modelo socioeconómico producido gracias a la revolución digital e internet que favorece la conexión de las personas mediante plataformas digitales a través de las cuales las transacciones de bienes y servicios se pueden llevar a cabo de manera segura y transparente[4].

Es prolífica la literatura en torno al debate sobre la oportunidad de regular el fenómeno[5]. La Unión Europea reconoce que esta economía colaborativa da carta de naturaleza a todo un conjunto de modelos empresariales nuevos que ofrecen bienes y servicios, y que permiten una integración entre la economía y la sociedad basada en relaciones muy diversas entre sí, tanto con fines sociales como económicos y destaca la necesidad de velar por un entorno empresarial en el que las plataformas colaborativas puedan expandirse y ser muy competitivas en el mercado global. A partir de la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo presentando la *Agenda Europea para la Economía colaborativa*[6] se han iniciado una serie de trabajos con objeto de profundizar en los retos prácticos que plantea[7], entre los que se encuentra la necesidad de dotarse de un mínimo marco común regulador que se integre al conjunto de herramientas normativas ya existentes que den cumplida respuesta a nivel preventivo y logren un adecuado equilibrio entre la autonomía privada y una mínima heteronormación que garantice, entre otros aspectos, la competencia de los mercados, la protección de los usuarios y de los consumidores así como el uso adecuado de los datos que circulan en la web. El reto de proteger a los consumidores, en particular en lo que respecta a los aspectos relacionados con la seguridad, la salud, la intimidad y la transparencia de las condiciones que forman la base del servicio o bien utilizado sigue muy vigente y exige la adopción armonizada de algunas medidas de carácter legislativo. En este contexto destaca asimismo la necesidad de establecer un mínimo marco regulador que garantice un acceso efectivo y equitativo a los servicios colaborativos, de prevenir toda forma de discriminación, de asegurar la libre competencia entre los distintos proveedores de bienes y/o servicios, de evitar las prácticas desleales y de garantizar la tutela efectiva de los usuarios y consumidores.

Dado que dos terceras partes de la inversión en economía colaborativa durante los últimos años ha sido destinada a plataformas relacionadas con el transporte (62%) y el alojamiento (18%)[8], el sector del turismo es la punta de lanza, motivo por el cual el fenómeno adquiere especial relevancia en España donde estos intermediarios digitales representan un reto y una oportunidad.

II. LAS PLATAFORMAS DE INTERMEDIARIOS DIGITALES. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Desde un plano funcional, la economía colaborativa se hace valer en el mercado en línea de plataformas de intermediarios digitales a través de las cuales

se ofrecen bienes, productos y servicios muy heterogéneos[9]. En la actualidad la actividad de estos proveedores tiende a prolongarse en el tiempo, se lleva a cabo a demanda, han generalizado la compensación o contraprestación en dinero y se han incorporado a este mercado servicios muy profesionalizados por parte de quienes los prestan. Por otro lado, sucede también que el adquirente final del producto o servicio resulta ser de naturaleza muy heterogénea, desde sujetos particulares hasta sociedades o incluso administraciones públicas. En cualquier caso en todas ellas se hace uso profuso de tecnología y herramientas muy innovadoras y altamente sofisticadas en el entorno electrónico[10].

Paralelamente, se observa la convivencia de plataformas digitales meras facilitadoras de servicios de conexión con los usuarios con otras que ofrecen servicios subyacentes[11], ejercen un control sensible sobre los participantes e incluso las hay que llevan a cabo la gestión de la propia transacción[12] y facilitan servicios o productos para la cobertura de ciertos riesgos de la contratación o de la propia actividad. De modo que resulta cada vez más compleja la tarea de discernir la naturaleza de cada una. También desde un punto de vista funcional cabe distinguir a su vez entre: plataformas de intermediarios digitales, soporte o componente tecnológico que ofrece servicios de la sociedad de la información y accesible a través de Internet o de medios digitales similares permitiendo a los usuarios celebrar transacciones electrónicas entre sí o con proveedores profesionales de bienes, servicios o contenidos; sistemas electrónicos de retroalimentación, reputación y ejecución privada, es decir, conjunto de herramientas electrónicas que tienen como objetivo final generar confianza entre los usuarios y que incorporan servicios muy heterogéneos de calificación, puntuación o recomendación —de proveedores, bienes, servicios o contenidos— así como mecanismos de compulsión privada a través de intermediarios tecnológicos que permiten el reembolso en los pagos efectuados o el bloqueo de cuentas en caso de incumplimiento; y motores de búsqueda, clásicos intermediarios unidireccionales que rastrean la Web y facilitan resultados para la obtención de información, sin cuyo uso sería prácticamente imposible localizarla. Los proveedores de bienes y servicios dependen de estos sistemas para posicionar sus productos o servicios y las plataformas digitales y portales se los proporcionan.

Los sistemas electrónicos de retroalimentación, reputación y ejecución privada son herramientas auxiliares complementarias de toda plataforma digital de intermediación, sin las cuales esta última difícilmente puede ofrecer a los operadores proveedores de servicios un valor añadido frente al desarrollo propietario de una web. El mercado desarrolla y ofrece en la actualidad herramientas muy diversas de monitoreo de la reputación en línea, que pueden ser integradas en las plataformas, no solo para dar a conocer la opinión de los usuarios, sino también para elaborar estadísticas, rastrear datos en la red que nutran el perfil reputacional e incluso para identificar cualquier ataque en forma oportuna[13]. La mayor parte de las plataformas de intermediarios digitales desarrollan sus

propios sistemas y son estos en muchas ocasiones el valor diferencial entre plataformas de un mismo sector económico. Desde esta perspectiva cabe defender que constituyen servicios subyacentes de las plataformas y, en consecuencia, su uso implica necesariamente que la plataforma haya devenido, por este solo hecho, proveedora de servicios susceptibles de quedar subsumidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE relativa a los Servicios en el Mercado interior (en adelante, Directiva de Servicios)[14].

Desde un plano subjetivo, esta nueva economía y las relaciones socioeconómicas que propicia involucran a diversas categorías de actores entre los que se encuentran los operadores de las plataformas digitales, los proveedores de bienes y servicios y los destinatarios clientes, usuarios que pueden reunir, a su vez, la condición de consumidores. Los operadores de plataformas digitales son los sujetos que ponen a disposición de terceros una plataforma digital y actúan como intermediarios que facilitan el componente tecnológico para que las partes puedan interrelacionarse. En ocasiones, como ha sido visto, ofrecen a su vez servicios subyacentes. Los proveedores de bienes y/o servicios hacen uso de las plataformas para poner a disposición de terceros toda clase de bienes, servicios, recursos, activos, tiempo, habilidades, etc. Estos pueden actuar profesionalizadamente entre pares (P2P, peer to peer), o bien ser comerciantes que actúan en su ámbito comercial, artesanal, profesional o empresarial frente a otros comerciantes (B2B) o frente a los consumidores (B2C). Entre los proveedores hay operadores de necesidad —aquellos que lo hacen porque se han quedado sin una fuente de ingresos o esta se ha visto reducida en alguna medida, lo que les hace más vulnerables y dependientes de la plataforma digital intermediaria— y operadores de oportunidad —que desarrollan la actividad para complementar sus ingresos o aprovechar una circunstancia y que, en consecuencia pueden abandonarla con más facilidad si las condiciones impuestas por la plataforma digital se agravan. Finalmente, los destinatarios son usuarios que hacen uso de la plataforma para obtener bienes, servicios o contenidos en términos más ventajoso. Cuando este cliente o usuario actúa con fines ajenos a su actividad profesional, artesanal, comercial o empresarial y adquiere de un comerciante reunirá asimismo la condición de consumidor (B2C). La categoría de «consumidor» en sentido tradicional ha ido redibujándose legislativa y jurisprudencialmente en las últimas décadas en la medida que se ha detectado la necesidad de delimitar el ámbito de aplicación de la normativa de tutela del consumo[15]. A su vez se produce el paulatino empoderamiento del consumidor en la red (prosumidor) y una progresiva objetivación del concepto de consumidor poniendo el foco de atención en el destino de la operación y no en las condiciones subjetivas de los contratantes[16]. Cualquiera de las relaciones jurídicas que puedan entablar dichos sujetos y deba ser calificada de relación de consumo quedará sujeta a la normativa de consumo, en particular la Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (Directiva ADR de consumo)[17] y

al Reglamento (UE) 524/2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento ODR de consumo)[18], —en España, RDL 1/2007, de Defensa de los Consumidores y Usuarios—[19].

III. NATURALEZA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS EN EL SENO DE LAS PLATAFORMAS DE INTERMEDIARIOS DIGITALES

En el marco de las relaciones jurídico-privadas que se entablan en el seno de las plataformas de intermediarios digitales debe tenerse en cuenta no solo la legislación de la Unión —en particular la Directiva de servicios[20] y todo el acervo en el ámbito de la protección de los consumidores— sino también la normativa interna de cada uno de los Estados miembros. Ello comporta una complejidad añadida a la actividad. Cuando la prestación de servicios la efectúan particulares de manera ocasional (entre «pares», P2P) y en consecuencia no sean relaciones de consumo, pareciera oportuno que el régimen resulte menos riguroso al objeto de facilitar y promocionar los intercambios que vienen caracterizando a la economía colaborativa, al tiempo que se garantice calidad y un elevado nivel de protección con independencia de quien suministre los bienes o servicios, lo que no es siempre sencillo de conciliar.

En efecto, esta nueva realidad exige fijar un cuadro normativo ordenado que dote al mercado único de claridad y seguridad jurídica. Su marco jurídico regulador —de mínimos— debería establecer criterios objetivos claros que permitan fijar los principios rectores a escala de la Unión que arrojen luz en el modo de aplicar el acervo normativo existente y marcar las directrices de la futura normativa reguladora a nivel interno en cada país miembro. Las plataformas digitales que prestan servicios más allá de la mera intermediación ¿qué requisitos en materia de información y transparencia, incumplimiento y responsabilidad les son aplicables? Resulta esencial determinar el régimen de responsabilidad de las plataformas y otros operadores participantes respecto de terceros, con objeto de promover un comportamiento responsable y dotar de seguridad jurídica y certeza al sistema. En este sentido, y partiendo de la premisa según la cual los sujetos que intervienen en las transacciones electrónicas que se entablan con y a través de una plataforma digital intermediaria pueden ostentar en ocasiones la condición de consumidores y que las relaciones selladas no siempre implican un cambio en la titularidad en los bienes o servicios que son objeto de transacción —como sucede habitualmente en la denominada economía colaborativa— e incluso pueden implicar una cesión a título gratuito, un uso compartido o una remuneración simbólica, cabe clasificar las relaciones jurídico-privadas que se derivan en tres grandes modalidades: relaciones entre pares (P2P); relaciones entre empresa y consumidor (B2C) y relaciones entre empresas (B2B).

En los contratos entre plataforma intermediaria digital y proveedores de bienes y/o servicios, el objeto puede consistir en suministrar meros servicios de la sociedad de la información consistentes en la transmisión de datos, en actividades de *caching* o de alojamiento de datos — en cuyo caso quedarían sometidas a la Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico[21], puede extenderse a otros servicios —servicios subyacentes— entrando en juego asimismo la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior[22], e incluso si la relación entre ambos responde a los caracteres de los contratos de tipo asociativo sin serlo es posible calificarlo de colaboración y, dentro del mismo, de integración.

Volviendo al objeto, si bien las relaciones jurídicas más al uso son las vinculadas a la puesta en común de bienes (denominadas también «economías de puesta en común» a través de las cuales se gestionan colectivamente y se hace un uso compartido de determinados bienes como por ejemplo el equipamiento doméstico o las fuentes de energía), y las vinculadas al «trueque» (que serían desde un plano jurídico relaciones de permuta), las relacionadas con las compras en grupo, o de productos de segunda mano[23], las más extendidas son aquellas que vienen en denominarse de «economía de acceso», consistentes en el arrendamiento de bienes o servicios, con implantación en sectores tan diversos como la movilidad (*carsharing o* alquiler y uso compartido de vehículos, taxis, bicicletas y plazas de aparcamiento, *carpooling* o aprovechamiento de asientos vacíos de un coche), habitabilidad y espacios de cultivo (alquiler de habitaciones, uso compartido de viviendas y de huertos urbanos y rurales), de negocios (coworking o compartición de locales para oficina), de comunicaciones (aplicaciones móviles para comprar y vender), de trabajo (microtareas, de contratación de personas), de cultura (*bookcrossing* y trueque de libros, promoción de intercambios culturales de jóvenes de diferentes países), de educación (comunidades digitales para aprender idiomas), de tiempo (bancos de tiempo), de ocio (compartir contenidos digitalizados), de finanzas (préstamos entre particulares, préstamos directos de particulares a pequeñas y medianas empresas, *crowdfunding* o financiación colectiva, *crowdfunding for crowdbenefits*), de turismo (experiencias gastronómicas en casas particulares y *peer to peer* de intercambio de alimentos), de arte, de ropa, de ajuar, de reparación, etc. Cabría también identificar ciertas actividades denominadas de economía de trabajos ocasionales (*gig economy*) y las economías inter pares que implican a los usuarios en el diseño del proceso de producción o convierten a los clientes en una comunidad (*pooling economy*). En aras a dar cumplida respuesta a los derechos subjetivos de los participantes cada relación jurídica deberá calificarse y evaluarse caso por caso la modalidad facilitada por la plataforma, al objeto de poder conocer el marco jurídico que le es de aplicación. Los intermediarios digitales, en la medida que se limiten a ser meros prestadores de servicios de la sociedad de la información de mera transmisión, de memoria tampón (*caching*)

o de alojamiento de datos, en los términos de los artículos 12, 13 y 14 de la Directiva de Comercio electrónico, son proveedores de servicios de la sociedad de la información exentos de responsabilidad de conformidad con el artículo 15 de la Directiva sobre comercio electrónico —en España la LSSI—. Como se sabe, dicho artículo establece un sistema de exenciones de responsabilidad para los ISP, con ciertas limitaciones. Un sistema que atribuye un régimen distinto de responsabilidad en función de los servicios prestados y no por la categoría de los proveedores de servicios, todos ellos identificados como proveedores de servicios de la sociedad de la información (ISP). Del mismo modo, por limitar su actividad al alojamiento, *caching* o mera transmisión, quedan excluidos de la responsabilidad que se derivaría de las obligaciones que se desprenden de la Directiva de servicios y de la regulación sectorial que corresponda a la actividad desarrollada en la plataforma.

Por el contrario, cuando las plataformas de intermediarios ofrecen servicios subyacentes, surgen las primeras dudas. El concepto de «servicios de la sociedad de la información» comprende «todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios» de conformidad con la Directiva 2000/31, de comercio electrónico[24] y cubre una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea y no se limitan únicamente a servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino también, son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios en la medida en que tales servicios representan una actividad económica. En este sentido, cabe señalar que incluye la comunicación comercial (asunto *Mc Fadden)*[25] incluso por parte de miembros de profesiones reguladas y comprende las actividades profesionales cuyo acceso o ejercicio estén sometidos a una titulación de formación o de un certificado de competencia como se desprende de la Directiva 2005/29, sobre prácticas comerciales desleales[26]. Y el concepto de «comunicación comercial» comprende todas las formas de comunicación destinadas a proporcionar directa o indirectamente servicios de una persona que ejerce una profesión regulada. Por lo tanto, la publicidad relativa a servicios o prestaciones realizada a través de un sitio de Internet creado por un miembro de una profesión regulada, constituye una comunicación comercial que forma parte de un servicio de la sociedad de la información, y no solo cuando este actúa en su condición de proveedor de publicidad en línea, sino para promocionar sus actividades.

Por otro lado, las normas profesionales de un Estado miembro no pueden prohibir con carácter general y absoluto toda forma de publicidad en línea destinada a promocionar la actividad de una persona que ejerce una profesión regulada. Lo que sí es dable es que los Estados miembros fomenten la elaboración de códigos de conducta que tengan por objeto la determinación del tipo de información que puede facilitarse a efectos de comunicación comercial, con arreglo a las normas profesionales. Cuando una parte de la clientela son

ciudadanos de la Unión procedentes de otros Estados miembros, este aspecto puede constituir un elemento transfronterizo que implique la aplicación de las disposiciones del Tratado que garantizan la libre circulación (asunto Jägerskjöld, o asunto Carpenter)[27] y una restricción a esta libre prestación de servicios solo sería dable cuando afecte a bienes e intereses protegidos por el Tratado —la salud y la vida de las personas lo son— y corresponde a los Estados miembros decidir qué nivel de protección pretenden asegurar y cómo (asunto Ker-Optika o asunto Visnapuu)[28], sin que ello permita prohibiciones generales o absolutas ni exceder en lo necesario para conseguir los objetivos.

De las conclusiones del abogado general Maciej Szpunar de fecha 11 de mayo de 2017 en Asunto *Asociación Profesional Élite Taxi vs Uber Systems Spain, S.L.*[29] y de las conclusiones del mismo Abogado General Sr. Maciej Szpunar presentadas el 4 de julio de 2017 en Asunto *Uber France SAS*[30] se desprenden importantes consideraciones respecto de la actividad de los prestadores intermediarios cuando actúan junto con prestadores de servicios[31]:

i) Debiera entenderse que un servicio es «puramente electrónico» cuando de existir parte de prestación presencial, esta resulta económicamente independiente del servicio prestado en línea. Es el caso del prestador intermediario y el comerciante (prestador de servicios independiente), cuando el primero simplemente facilita las relaciones comerciales entre un usuario y un comerciante pero la prestación de la actividad la lleva a cabo el comerciante de manera independiente.

ii) Cuando no existe tal independencia económica —se produce una relación de dependencia de las prestaciones presenciales— nos hallamos ante «servicios mixtos». Esta situación se produce cuando por ejemplo se ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones en que se presta la actividad, de modo que ambos forman un todo indisociable.

iii) Y ¿cuando puede considerarse servicio de la sociedad de la información? Cuando el elemento principal, aquel que le da su sentido económico, se preste por vía electrónica. Por ejemplo, en el caso de una venta en línea: los elementos esenciales de la transacción, es decir, la presentación de la oferta y su aceptación por el comprador, la celebración del contrato, y, en la mayoría de los casos, el pago se llevan a cabo por vía electrónica. La entrega física del bien constituye solo la ejecución de una obligación contractual, de modo que, en principio, la normativa relativa a esta entrega no debe afectar a la prestación del servicio principal. En consecuencia, están incluidos en el concepto de servicio de la sociedad de la información (asunto *Ker-Optika*).

iv) En el caso de servicios mixtos ¿cuándo se calificará como «servicio de la sociedad de la información»? en opinión del Abogado General, cuando el servicio principal sea el que se lleva a cabo por vía electrónica[32].

v) Por otro lado, los Estados miembros no pueden restringir la libre prestación de servicios de la sociedad de la información procedentes de otros Estados

miembros introduciendo requisitos —relativos al «inicio de la actividad, relativos a […] autorizaciones […] o de carácter general. De modo que el requisito relativo a disponer de autorización para prestar servicios de intermediación quedaría cubierto por la prohibición de la Directiva 2000/31. En cambio, todos los requisitos que deben cumplir los conductores y el servicio de transporte, por su propia naturaleza, no se presta por vía electrónica y no queda cubierto por la prohibición. Los Estados miembros pueden adoptar medidas que establezcan una excepción a la libre prestación de servicios de la sociedad de la información si estas medidas son necesarias por razones de orden público, salud pública, de seguridad pública o de protección de los consumidores. En estos casos, las medidas restrictivas deben cumplir con el principio de proporcionalidad (art. 3, apartado 4, letra a), inciso iii), de la Directiva 2000/31). El requisito de autorización administrativa es la *última ratio* si existen medios menos restrictivos[33].

Si la relación que se establece entre proveedores intermediarios —plataformas digitales intermediarias— y proveedores de servicios cabe calificarla de mixta, habría además que analizar si reviste caracteres propios de los contratos asociativos —no conmutativos— en cuyo caso ostentaría naturaleza asociativa[34]. De ser así y existir dependencia podríamos hallarnos ante una relación de integración[35] con importantes derivadas respecto de los terceros destinatarios. Los contratos de integración constituyen relaciones jurídico privadas atípicas, onerosas y sinalagmáticas cuyo fin perseguido por las partes —interés confluyente— es la obtención del máximo número de transacciones como resultado de la actividad, por lo que tienen el mismo fin teleológico y el resultado, aunque no común, se haya en mutuo influjo. Se constata asimismo un cierto poder de injerencia por parte del integrador —operador de la plataforma electrónica— sobre la actividad desarrollada por el integrado —proveedor de bienes o servicios— atemperada al poder de control sobre el conjunto de la actividad —directrices— en orden a asegurar el buen fin del proceso. Y la actividad desarrollada se efectúa al margen de la plataforma, es decir, sustraída del control directo del integrador y con plena autonomía, porque en estas relaciones jurídicas el proveedor de servicios es quien organiza los medios, las operaciones de conducción de la actividad, decide el personal a su cargo, y la gestión le corresponde a su riesgo y ventura. En este sentido se puede afirmar que el poder de injerencia del titular de la plataforma electrónica en el desarrollo de la actividad se halla muy limitado. El proveedor ejercita la actividad económica, le compete asimismo la organización de la gestión económico-financiera y la relación con el personal, soportando por ende el riesgo de la actividad, y atribuyéndose en su caso el éxito. A estos efectos, ciertos elementos permitirían identificar la existencia de una relación de integración en la operativa de una plataforma digital intermediaria: (i) la fijación de las condiciones en las cuales debe llevarse a cabo el servicio con terceros; (ii) el suministro de determinados bienes o servicios que

permiten el desarrollo de la actividad; (iii) la imposición de las condiciones contractuales que el operador del servicio deberá establecer con los terceros; (iv) la dependencia económica de uno respecto de otros (v) o incluso la fijación de los precios. Debe advertirse que la mera facilitación de una pasarela de pagos o la integración en la plataforma de herramientas reputacionales no implicaría *per se* una relación de integración. Si, por el contrario, el contrato entre ambos revistiera una relación de dependencia de tal naturaleza que cabría calificarla de laboral, de teletrabajo o del trabajo inteligente, debería entonces equipararse a las prestaciones laborales tradicionales con objeto de garantizar la tutela de los derechos de los trabajadores y resultaría por ende aplicable la normativa laboral existente y, particularmente, la Directiva 2008/104/EC sobre las empresas de trabajo temporal en plataformas en línea intermediarias entre el trabajador de la plataforma y la empresa usuaria o cliente.

De este modo, en la medida que la relación jurídica pueda ser calificada de integración el operador de la plataforma digital intermediaria podría devenir corresponsable de la actividad desarrollada por el integrado frente a los terceros. En estas relaciones jurídicas cada parte queda obligada a cumplir con cometidos distintos dentro del proceso de desarrollo de la actividad económica, en los términos pactados, y será en virtud de las obligaciones asumidas y de los pactos alcanzados que podrá identificarse, caso por caso, quien queda obligado a cumplir con la normativa sectorial específica de la actividad desarrollada. Desde esta perspectiva, sería dable abogar porque la responsabilidad de cada uno de los agentes se mida en función del alcance de las obligaciones asumidas[36]. Y para el caso de imposibilidad en la determinación de la atribución de responsabilidad o cuando el poder de decisión sobre el efectivo cumplimiento de una obligación o precepto corresponde a la plataforma y su ejecución o aplicación al operador proveedor de bienes y/o servicios, la corresponsabilidad[37] fuese regla de principio.

Finalmente, en función de los conflictos que en el entorno de una plataforma digital intermediaria se originen, las reclamaciones debieran poder ser canalizadas por el mismo conducto a través del cual se materializó la transacción, es decir, a través de la plataforma electrónica o, al menos, telemáticamente y, a ser posible, mediante mecanismos extrajudiciales rápidos y expeditivos, en sintonía con la rapidez y sencillez ofrecidas para la contratación. En este sentido parece razonable exigir que cuenten con mecanismos de prevención y gestión de las reclamaciones, así como con sistemas reputacionales electrónicos que empoderen a los usuarios y les permita influir de manera decisiva en el comportamiento de los operadores proveedores de bienes y servicios[38]. Estos mecanismos fundamentados en la reputación y en el grado de satisfacción de los clientes —entre los que se encuentran los sistemas de certificación, de valoración o revisión inter pares y bidireccionales— están demostrando ser muy efectivos en la economía colaborativa. Del mismo modo, resultaría deseable contar con un

marco regulador que promueva la confianza y la transparencia en los criterios de evaluación y calificación, y establezca criterios fiables que eviten distorsiones en el mercado por efecto del uso de valoraciones o recomendaciones falsas o desviadas, o la aplicación de incentivos económicos desleales. Marco normativo que debiera ser neutral desde el punto de vista tecnológico y que permitiera la transferibilidad de los datos y la colaboración con las autoridades competentes en el cumplimiento de las obligaciones legales —de consumo, fiscales, etc.—.

IV. ESTADO DEL ARTE NORMATIVO EN PAÍSES DEL ENTORNO ECONÓMICO EUROPEO

Algunos Estados europeos han procedido a adoptar medidas de política legislativa con objeto de dar respuesta a los distintos retos que plantea esta nueva realidad[39]. Es el caso de Bélgica, Francia, Italia, Alemania, Reino Unido, Suecia, Holanda o España. Como se advertirá, son iniciativas que abordan solo parcialmente el fenómeno, a través de normativa fundamentalmente fiscal, con objeto de reconocer y dar carta de naturaleza a esta nueva economía.

1. Bélgica. El 1 de julio de 2016, Bélgica se convirtió en uno de los primeros países europeos en aprobar legislación sobre la economía colaborativa mediante la promulgación de su Ley Programa que tiene como objetivo, entre otros aspectos[40], proporcionar un sistema fiscal favorable a los proveedores de bienes y una obligación para las plataformas de retención de los impuestos correspondientes. Para poder acogerse a este nuevo régimen tributario, los ingresos deben haber sido proporcionados: (i) al margen de una actividad profesional, (ii) a través de una plataforma digital reconocida y (iii) mediante modalidades de pago por medios electrónicos. Las plataformas quedan obligadas a registrarse, ser aprobadas por la Administración tributaria y deben impedir pagos en efectivo. Mientras los ingresos no superen los 5.000 euros al año no se considera que constituyen ingresos procedentes de una actividad profesional y quedan excluidos del sistema de seguridad social de trabajo autónomo[41]. Tales ingresos quedan asimismo exentos de IVA. Debe tenerse en cuenta que la legislación se aplica exclusivamente a los servicios entre iguales (P2P).

Respecto de las actividades de alojamiento en viviendas privadas, Bélgica ha establecido la obligación a los anfitriones de pedir permiso a las autoridades locales y a los copropietarios del edificio donde se halle ubicada dicha vivienda. La Ley distingue entre renta por el alquiler del inmueble, renta por el alquiler de los muebles y renta por ingresos misceláneos (provisión de ropa de cama, recepción, cambio de ropa de cama, desayuno, entre otros). Solo a esta última —que equivale al 20% del precio total del alquiler, le es aplicable el régimen de economía colaborativa. El resto se considera como ingreso por la renta del inmueble (48%) e ingresos mobiliarios (16%) sujetos al impuesto general de

la renta personal. Finalmente, por lo que hace a los servicios de transporte, se exige la obtención de licencia profesional[42].

2. Francia. Su reciente *Ley para una República digital*[43] de fecha 7 de octubre de 2016 dispone que las plataformas responderán en el supuesto de facilitar los datos de viviendas que no dispongan de la debida autorización o si sus usuarios la alquilan más de 120 días al año. Los servicios profesionales regulados deben recibir la aprobación de la institución o colegio profesional que vela por la aplicación de las normas deontológicas que correspondan. En el sector del alojamiento, la Ley de 24 de marzo de 2014[44] modificativa de la Ley de la vivienda permite que las viviendas habituales —donde se vive al menos 8 meses al año— puedan ser cedidas a visitantes, en todo o en parte, sin ningún tipo de autorización previa, declaración responsable o comunicación. Asimismo se aplica un impuesto turístico por habitación y noche a los alquileres a través de dichas plataformas. En la actualidad se están estudiando algunas medidas fiscales para ingresos por encima de cierto umbral[45]. En el sector del transporte se exige que los conductores no permanezcan a la espera de clientes en la calle, bajo apercibimiento de multas severas.

3. Italia. En este país, la *Propuesta de Ley de economía colaborativa*[46] encomienda a la Autoridad garante de la competencia y del mercado (AGCM) la tarea de regular y supervisar las plataformas digitales y tiene creado un Registro Nacional de plataformas digitales cuyo acceso es público y gratuito. Esta autoridad puede imponer la obligación de proporcionar o exigir a los usuarios la contratación de pólizas de seguro para cubrir los riesgos habituales que surgen de la actividad. Las plataformas deberán adoptar un documento de política corporativa sujeto a la aprobación de la AGCM —de silencio positivo— que incluirá información acerca de las relaciones contractuales entre la plataforma y los usuarios digitales y de los sistemas de alta, que deben ser diseñados para prevenir la creación de perfiles falsos. Se establece la obligación de indicar la identidad de los usuarios y, en particular, los datos personales, domicilio y código fiscales. Dicho documento debe informar asimismo de los seguros requeridos para el ejercicio de las actividades llevadas a cabo a través de la plataforma digital. Las transacciones realizadas a través de plataformas serán exclusivamente a través de sistemas electrónicos de pago. Los usuarios deberán conocer del documento y firmar su adhesión de forma explícita. Los ingresos obtenidos por los proveedores se denominan «ingresos de actividades comerciales de intercambio» y la declaración de impuestos prevé una sección especial para ingresos de hasta 10.000 euros al que se aplica un gravamen reducido del 10%. A mayor abundamiento, las plataformas digitales deberán garantizar: sistemas para la modificación, destrucción, cancelación y retirada de los datos de los usuarios; la posibilidad de eliminar de forma permanente, con una sola operación, todos los datos almacenados en el perfil del usuario; y la prohibición del análisis automático de documentos privados o compartidos y

de los mensajes intercambiados por los usuarios. Por otro lado, las plataformas comunicaran al Instituto Nacional de Estadística (ISTAT) el número de usuarios, volumen de transacciones, así como el tipo de bienes y servicios ofrecidos y contratados. Cabe mencionar que en el sector del transporte, la actividad de *UberPop* fue prohibida por prácticas de competencia desleal tras un fallo del tribunal de Milán que ha sido apelado por dicha compañía.

4. Alemania. Este Estado ha publicado recientemente su *Libro Verde sobre plataformas digitales*[47]. En este, se da cuenta de la normativa ya existente en materia de protección de datos y de competencia. Asimismo expresa que está en proceso de creación una Autoridad supervisora del mercado cuyo cometido principal será la vigilancia más sistemática del mercado a partir de las reclamaciones, de los estudios estadísticos y empíricos, y de los sistemas de alertas tempranas. Pretende identificar las deficiencias que, de manera sistemática, se producen en este entorno y propone cubrir esta necesidad de regulación en un periodo transitorio a través de la autoregulación (códigos de conducta) y de instrumentos de co-regulación (privados-colectivos). Aboga asimismo por la transferibilidad de los datos que se generan con el uso de las plataformas. En el sector del alojamiento, Berlín prohibió en el año 2014 los alquileres de alojamiento a corto plazo en las zonas más populares de la ciudad y para el resto se exige el permiso previo de las autoridades locales y el registro de los contratos de alquiler. También en el sector del transporte privado viene exigiéndose a los conductores registrarse como empresa privada de alquiler de coches, circunstancia que ha hecho que algunas plataformas hayan dejado de operar en algunas ciudades.

5. Reino Unido. El Reino Unido no cuenta con una normativa específica pero ha hecho de la economía colaborativa una prioridad y tiene como objetivo hacer del Reino Unido un centro global para la economía compartida. Asimismo las plataformas de economía colaborativa se han asociado y cuentan con una organización (SEUK) desde el año 2015 que vela por sus intereses y representa a los negocios vinculados con esta modalidad. En el sector del transporte el gobierno alienta a plataformas como *Justpark* que permiten compartir transporte para abordar el problema de congestión y estacionamiento de ciertas áreas. Cabe señalar sin embargo que *Transport for London* presentó una demanda ante los tribunales frente a *Uber* impugnando su aplicación, fallando los tribunales en favor de la actividad de la plataforma y el cálculo de sus tarifas, dictaminando que era legal. En el ámbito de la actividad de financiación alternativa, se introdujo la regulación de los préstamos P2P por la *Financial Conduct Authority* (FCA). Y por lo que hace al alquiler de habitaciones, la Ley de Desregulación de 2015[48] relajó la normativa relativa a los permisos de alquiler de corto plazo para la ciudad de Londres y la Ley de Presupuestos de marzo de 2016 introdujo una exención sobre las primeras £ 7.500 de ingresos de alquiler habitacional. El uso de una propiedad residencial para la cesión ocasional a terceros no com-

porta un cambio de uso que requiera de autorización y se permite que cualquier residencia, ya sea habitual o secundaria, pueda ser cedida hasta 90 días al año sin necesidad de trámite alguno.

6. Suecia. Este país no dispone todavía de normativa específica, sin embargo el ambiente regulador es muy proclive a la economía colaborativa. El sector de la financiación colectiva o alternativa (*crowdfunding*) considera que la regulación existente para los préstamos P2P es sin embargo demasiado estricta. Suecia ha regulado el estatuto de «comerciante único» para facilitar la gestión de la actividad de los autónomos.

7. Holanda. Su gobierno ha revisado recientemente su normativa para priorizar el desarrollo de la economía colaborativa y para garantizar que ningún trabajador se halle en desventaja debido a su elección tecnológica. En el sector del transporte compartido, en diciembre de 2014 *UberPop* fue prohibido debido a que los conductores transportaban sin licencia.

En el sector del alojamiento, la ciudad de Amsterdam firmó en el año 2015 un acuerdo con *Airbnb* que permite explícitamente alquilar habitaciones a través de la plataforma en línea. Como contrapartida, *Airbnb* debe aplicar el impuesto turístico correspondiente. Las residencias habituales pueden ser cedidas en todo o en parte, con una limitación de 4 huéspedes, si se asegura que el alojamiento es adecuado y la cesión por menos de 60 días al año es considerada como una actividad no profesional no sujeta a autorizaciones ni obligaciones adicionales.

8. España. No existe todavía normativa específica reguladora de la economía colaborativa, si bien en determinados sectores como el transporte o el turístico se han adoptado algunas medidas restrictivas, sancionadoras o de control y se hallan pendientes pleitos de gran relevancia.

Entre las plataformas de transporte peer-to-peer, cabe destacar el asunto *Asociación Profesional Elite Taxi vs Uber*, a la que en el año 2014 se le prohibió operar a nivel nacional[49] y sobre el que pende un pleito en el Juzgado Mercantil 3 de Barcelona que ha elevado algunas cuestiones al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la naturaleza del servicios *UberPop* y su aplicación. En principio los prestadores de servicios solo deberían estar obligados a obtener autorizaciones o licencias cuando sea estrictamente necesario para alcanzar los objetivos de interés público pertinentes y las plataformas colaborativas no deben estar sujetas a autorizaciones o licencias si solo actúan como intermediarios entre los consumidores y aquellos que ofrecen el servicio en cuestión (por ejemplo, servicios de transporte o de alojamiento). El Abogado General de la Unión Europea en una opinión emitida sobre la naturaleza de estas contrataciones, ha manifestado que en el caso *Uberpop* no se trata meramente de servicios de la sociedad de la información de mera transmisión, de memoria tampón (*caching*) o de alojamiento de datos, en los términos de los artículos 12, 13 y 14 de la Directiva de Comercio electrónico, a pesar de que no posea flota de coches ni de sueldo a los conductores. Lo que podría llegar a conllevar que quede sujeto a

las licencias y autorizaciones establecidas por el Reglamento Metropolitano del Taxi de Barcelona porque el transporte no queda en el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios. El servicio controvertido es a su parecer un servicio mixto, una parte del cual se presta por vía electrónica, y, por definición, la otra no. Si la prestación que no se facilita por vía electrónica no es económicamente independiente de la facilitada mediante esta vía o bien el prestador facilita todo el servicio, tanto la parte del servicio prestada por vía electrónica como la que no se presta por esa vía, o ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones en que se presta esta última parte, de modo que ambas forman un todo indisociable, siempre que el elemento principal (o todos los elementos esenciales de la transacción) se preste por vía electrónica (este es el caso, por ejemplo, de la venta de bienes en línea) nos hallaríamos ante un servicio mixto. La sentencia recaída en fecha 20 de diciembre de 2017[50] declara que los conductores de *Uber* no ejercen una actividad propia que exista de manera independiente de dicha plataforma. Al contrario, esta actividad únicamente puede existir gracias a la plataforma, sin la que no tendría ningún sentido. A mayor abundamiento, la compañía controla los factores económicamente relevantes del servicio de transporte urbano ofrecido en el marco de esta plataforma e impone a los conductores requisitos previos para el acceso a la actividad y su desarrollo. Recompensa económicamente a los conductores que llevan a cabo un número importante de trayectos y les indica los lugares y los momentos en los que pueden contar con un número de carreras importante o tarifas ventajosas (lo que de este modo permite a la compañía adaptar su oferta a la fluctuación de la demanda sin ejercer un control formal sobre los conductores). Finalmente *Uber* regula las características esenciales del servicio, organiza su funcionamiento y determina de hecho el precio del servicio. En consecuencia, el Tribunal de la Unión Europea entiende que el servicio de intermediación está indisolublemete asociado al transporte y por lo tanto ha de calificarse como servicio en el ámbito de los transportes, excluidos por tanto del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31, y de la Directiva 2006/123.

En el sector de los alojamientos turísticos, las iniciativas reguladoras han sido hasta el momento esencialmente de carácter fiscal y sancionador. La Agencia Estatal de Administración Tributaria en resolución de 9 de marzo de 2015 aprobó unas *Directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero* dirigidas al descubrimiento de actividades y rentas ocultas en negocios de la economía sumergida, entre las que se encuentran las efectuadas por particulares que ceden de forma opaca total o parcialmente viviendas por internet o facilitan alquileres irregulares no declarados. Por otro lado, la modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) en 2013[51] ha implicado que la regulación de las viviendas de uso turístico sea asumida por las Comunidades Autónomas. Algunas ya han procedido pero para establecer restricciones. Así, la Comunidad de Madrid, el Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno[52], por

el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico establece que no podrán cederse viviendas por un periodo inferior a cinco días y no podrán utilizarse tampoco como residencia permanente. Las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días ni alegar la condición de domicilio para impedir la acción de la inspección competente. En términos similares la Comunidad Autónoma de Andalucía mediante Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos de Andalucía[53] o la Comunidad Autónoma de Cataluña. Otras comunidades que han regulado la actividad son Baleares (art 27 Ley 8/2012)[54], Comunidad Valenciana (art. 6 y 8 del Decreto 92/2009)[55], Aragón (art. 14 del Decreto 80/2015)[56], Canarias (art. 12.3 del Decreto 113/2015)[57] y País Vasco (art. 25 del proyecto de Ley de Turismo)[58].

En Cataluña, la aproximación a la economía colaborativa y a las plataformas intermediarias digitales se ha venido realizando, hasta el momento, reforzando los regímenes de control y potestad sancionadora de la administración contra quienes prestan servicios sin respetar la normativa sectorial, e incluyendo como nuevos sujetos responsables a quienes hacen las funciones de intermediación o gestión. Así ha sucedido, por poner algunos ejemplos, en el sector del transporte con la Ley 3/2015, de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas respecto de la Ley 19/2003, de 4 de julio, del taxi[59] y respecto del turismo con la Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña y el Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico[60]. En este último sector, concretamente, se dispone que tienen la consideración de viviendas de uso turístico aquellas que son cedidas al completo —no por estancias— por su propietario —directa o indirectamente— a terceros, a cambio de contraprestación económica, para una estancia de temporada — es decir, por un periodo de tiempo continuo igual o inferior a 31 días— en condiciones de inmediata disponibilidad[61]. Tales viviendas de uso turístico deben disponer de la cédula de habitabilidad y cumplir en todo momento las condiciones técnicas y de calidad exigibles a las viviendas. Las viviendas no pueden, por otro lado, ser ocupadas con más plazas que las indicadas en la cédula, deben estar suficientemente amuebladas y dotadas de los aparatos y enseres necesarios para su empleo inmediato, con el fin de prestar un servicio de alojamiento correcto en relación con la totalidad de plazas de que dispongan, todo en perfecto estado de higiene. La persona propietaria de la vivienda, o la gestora en la que delegue, debe facilitar a personas usuarias y vecinos el teléfono para atender y resolver de manera inmediata consultas e incidencias relativas a la actividad de vivienda de uso turístico. Ambas deben asimismo garantizar un servicio de asistencia y mantenimiento de la vivienda. A ello hay que añadir que para llevar a cabo la actividad se precisa efectuar la correspondiente comunicación previa de inicio de actividad ante el ayuntamiento competente, suscrita por el propietario y, si procede, por la persona física o ju-

rídica gestora a la que previamente el propietario haya encomendado la gestión de la vivienda en cuestión. Dicha comunicación debe contener, al margen de la documentación señalada y los datos de la vivienda, de la persona propietaria y de la empresa de asistencia y mantenimiento de la vivienda, los datos de la persona gestora si la hubiere, así como el título del propietario —poder— para su gestión. Esta actividad de cesión de uso no será posible si está prohibido por la ordenación de usos del sector donde se encuentre o está prohibida por los estatutos de la comunidad debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal. Las viviendas afectas deben ser inscritas con carácter obligatorio en el Registro de Turismo de Cataluña. Finalmente, el Decreto dispone que tales viviendas deben disponer de hojas oficiales de queja, reclamación y denuncia del órgano competente en materia de consumo de la Administración de la Generalidad, deben estar a disposición de las personas usuarias en un lugar adecuado dentro de la vivienda de uso turístico, debe exhibir un rótulo informativo sobre su disponibilidad, con un número de teléfono de asistencia y el número de registro de entrada de la comunicación previa de inicio en el Ayuntamiento. En caso de que la persona usuaria de una vivienda de uso turístico atente contra las reglas básicas de la convivencia o incumpla ordenanzas municipales dictadas a tal efecto, la persona titular de la propiedad o la persona gestora de la vivienda de uso turístico debe requerir, en el plazo de 24 horas, al cesionario para que abandone la vivienda. Al igual que se exige para el resto de establecimientos de alojamiento turístico, la persona propietaria —o la persona gestora en la que delegue— debe remitir a la Dirección General de la Policía la información relativa a la estancia de las personas que se alojan en ella, de acuerdo con la normativa de seguridad ciudadana aplicable a todos aquellos que facilitan, mediante precio, alojamiento a las personas. Finalmente, dispone la norma un régimen sancionador según el cual la persona propietaria y la persona gestora de la vivienda de uso turístico, en el supuesto de que no sean la misma persona, son responsables solidarias de las infracciones e incumplimientos de las obligaciones definidas en la normativa sectorial turística, de vivienda, de consumo y municipal de aplicación en razón de su actividad.

Algunas ciudades, alegando externalidades negativas de la actividad de alojamiento han decretado la suspensión de las licencias. Es el caso de Barcelona, ciudad que amparándose en la voluntad de elaboración de un plan especial de regulación de alojamientos turísticos, su Ayuntamiento anunció en el año 2014 una moratoria en la concesión de licencias de alojamientos turísticos que se ha prorrogado hasta la actualidad y que afecta a todas las viviendas de uso turístico. Situación que ha sido denunciada por numerosos organismos y cuestionada por la misma Autoridad Catalana de Competencia (ACCO)[62] a través de una nota sobre dicha suspensión en la que se expresa preocupaciones de naturaleza legal y pone de manifiesto que la suspensión comporta efectos negativos relevantes

para la competencia en el mercado que conducen a que surjan, como mínimo, dudas sobre la proporcionalidad de la medida.

La Comisión Nacional y del Mercado y de la Competencia (CNMC) ha publicado un Informe sobre economía colaborativa[63] en el que emite algunas recomendaciones para estos dos sectores estratégicos en la economía española: (i) por lo que hace al transporte aboga por la eliminación de las restricciones innecesarias de acceso al mercado de taxi y de VTC[64] y para el transporte interurbano sugiere acabar con el sistema de concesión por periodos largos y eliminar el derecho de preferencia, que impide la entrada de nuevos operadores; (ii) en el sector del alojamiento constata que la normativa sobre viviendas de uso turístico contiene numerosas restricciones de entrada y de ejercicio de la actividad que deben ser revisadas desde los principios de necesidad y proporcionalidad. Entre ellas subraya la improcedencia de imponer requisitos de autorizaciones administrativas, registros obligatorios previos al inicio de la actividad, y en general limitaciones injustificadas en el ejercicio que constituyan restricciones adicionales a la entrada de los operadores, particulares o empresas, a este nuevo mercado[65].

V. INICIATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA

En el seno de la Unión Europea se considera que los nuevos modelos de negocio tienen un potencial significativo para contribuir a la competitividad, el crecimiento y el empleo si se fomentan y desarrollan de manera responsable. De ahí que, el 14 de febrero del 2013, el Comité Económico y Social Europeo elaborara un *Dictamen sobre consumo colaborativo o participativo*[66] *y, algo más tarde,* en el año 2016, la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo emitiera una Comunicación sobre una *Agenda Europea para la economía colaborativa*[67] y el mismo año la Comisión haya emitido la Comunicación *Retos y oportunidades para Europa sobre las plataformas en línea y el mercado único digital*[68] en la que aboga por establecer condiciones marco uniformes para las plataformas electrónicas y ofrece algunas importantes directrices. En la actualidad en el estricto ámbito académico se están llevando a cabo trabajos tendentes a la descripción del fenómeno y su ordenación desde un punto de vista regulador al tiempo que la Comisión de Industria, Investigación y Energía y la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor está elaborando un *Informe sobre las plataformas en línea y el mercado único digital* (2016/2276(INI))[69] que aborda las principales preocupaciones en orden a la responsabilidad de dichas plataformas, como se verá.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta el acervo normativo ya existente en la Unión Europea, a saber: la Directiva sobre el comercio electrónico (2000/31/CE)[70], la Directiva sobre protección de datos personales (95/46/CE)[71], la Directiva de servicios (2006/123/CE)[72], la Directiva sobre derechos

de los consumidores (2011/83/CE)[73], la Directiva sobre el tiempo de trabajo (2003/88/CE)[74], la Directiva sobre los derechos ciudadanos (2004/38/CE)[75], la Directiva sobre cualificaciones profesionales (2005/36/CE)[76], la Directiva ADR de consumo (2013/11/UE)[77] y el Reglamento ODR de consumo (524/2013)[78].

1. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa

Este documento aborda algunas de las dificultades identificadas en el desarrollo de la economía colaborativa. Así, por ejemplo, respecto del establecimiento de requisitos de acceso al mercado, señala como en virtud de la legislación de la Unión Europea[79], los proveedores de bienes y/o servicios no están sujetos a requisitos de acceso al mercado si se prestan a cambio de una contrapartida, aunque no se persiga un beneficio. Las actividades remuneradas constituyen una contrapartida y por ende una actividad económica[80]. Debe suprimirse en consecuencia de forma prioritaria las barreras que puedan eliminarse fácilmente y, respecto de las demás, iniciar un proceso de evaluación, consulta y armonización complementaria de cuestiones específicas para permitir modernizar de forma progresiva y coordinada los sistemas nacionales de regulación de las actividades de servicios[81]. Así las cosas, quedarían exentos de requisitos de acceso en principio, con independencia de si se prestan personalmente, a distancia o por internet numerosos servicios que se señalan: los servicios destinados a las empresas —servicios de asesoramiento sobre gestión, servicios de certificación y de ensayo, de mantenimiento, de mantenimiento de oficinas, servicios de publicidad o relacionados con la contratación de personal o los servicios de agentes comerciales—, servicios destinados tanto a las empresas como a los consumidores, servicios de asesoramiento jurídico o fiscal, los relacionados con los inmuebles —agencias inmobiliarias, construcción, arquitectura— distribución, organización de ferias, alquiler de vehículos, agencias de viajes, servicios destinados a los consumidores —turismo, guías turísticos, servicios recreativos, centros deportivos, parques de atracciones— y en la medida en que no estén excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, los servicios a domicilio, o la ayuda a las personas de edad[82].

A mayor abundamiento, los regímenes de autorización y requisitos de licencia no deben ser discriminatorios, y deben ser necesarios para alcanzar un objetivo de interés público claramente identificado, y proporcionales al logro de este interés (no deben imponen más requisitos de los estrictamente necesarios). En este sentido, según la legislación de la UE, tales requisitos deben ser justificados y proporcionados, teniendo en cuenta las especificidades del modelo de negocio y de los servicios innovadores de que se trata, sin favorecer un modelo de negocio sobre el otro. Así, la intervención reguladora suele estar motivada

por razones de interés público tan diversos como la protección del consumidor, la seguridad alimentaria, la salud pública, la lucha contra la evasión fiscal, o la necesidad de vivienda asequible. Algunos países miembros con la entrada en el mercado de los operadores de la economía colaborativa y las plataformas de intermediarios digitales han promulgado normativa específica que se suma en ocasiones a la regulación sectorial. Al evaluar la justificación y la proporcionalidad de la legislación aplicable las autoridades nacionales deberían tener en cuenta, en general, las características específicas de los modelos empresariales de economía colaborativa y las herramientas que pueden poner en práctica para abordar cuestiones de política pública, sobre calidad o seguridad. Las prohibiciones absolutas y las restricciones cuantitativas de una actividad deberían constituir una medida de último recurso[83]. Cuando los actores estén obligados a obtener autorizaciones sobre la base de la legislación nacional, los Estados velarán por que las condiciones para obtenerlas sean claras, proporcionadas y objetivas y que los trámites administrativos sean claros, transparentes, rápidos, no demasiado complicados y a un coste razonable.

a) Prestación de servicios entre iguales. La Comisión entiende que los particulares que ofrezcan servicios entre iguales (peer-to-peer o su acrónimo P2P) de manera ocasional a través de plataformas colaborativas no deben ser tratados automáticamente como proveedores de bienes y/o servicios profesionales[84]. Y subraya que los países miembros deberían procurar liberar a estos los operadores P2P de una carga reglamentaria innecesaria, independientemente del modelo de actividad adoptado, evitar la fragmentación del mercado único y procurar criterios homogéneos para diferenciar entre servicios profesionales y servicios de igual a igual[85].

b) Prestación de servicios subyacentes. A mayor abundamiento, sucede también que las plataformas intermediarias digitales extienden su radio de acción ofreciendo servicios auxiliares y complementarios, produciéndose la diatriba de si les es aplicable asimismo la normativa aplicable a los proveedores de servicios. Nos estamos refiriendo ahora concretamente tanto a servicios integrados en la propia plataforma consistentes en facilidades de pago, herramientas de revisión o clasificación, sistemas de verificación e identificación, como servicios complementarios ofrecidos por los operadores proveedores de bienes o servicios tales como seguros para la cobertura de riesgos, servicios postventa, servicios de transporte de la mercancías, etc., todos ellos denominados —servicios subyacentes—.

c) Relaciones de dependencia. Se observa también como en ocasiones los vínculos entre las plataformas digitales y los operadores proveedores de bienes o servicios revisten, como ha sido visto, características propias de los contratos colaborativos. Para determinar este concreto aspecto deberá estarse caso por caso a las relaciones jurídicas entabladas y el nivel de control o influencia que

la plataforma ejerce sobre el proveedor de los servicios, a través de determinados factores: a) si la plataforma fija el precio final a pagar por el usuario o solo recomienda un precio; b) quién establece los términos de colaboración, condiciones de la relación contractual entre el proveedor de servicios subyacentes y el usuario; c) si la plataforma posee los activos clave que se utilizan para proporcionar el servicio; d) si asume costos y riesgos relacionados con la prestación del servicio o de servicios subyacentes; e) si existe una relación laboral entre la plataforma y las personas que prestan los servicios en cuestión; f) si la plataforma tiene poder o influencia significativa sobre el operador. La dependencia económica podría ser un indicio[86]. La existencia de alguno o varios de estos elementos podría indicar en su caso que la plataforma ejerce un alto nivel de control e influencia sobre la prestación del servicio.

d) Regímenes de responsabilidad y exenciones. Las plataformas en línea cuando actúan como meros proveedores de servicios de la sociedad de la información consistentes en la transmisión, el alojamiento o caching están exentas de responsabilidad por la información que almacenan[87] en los términos de la Directiva de comercio electrónico. Para ello, su conducta debe ser meramente técnica, automática y pasiva. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha subrayado el criterio clave para considerar una plataforma en línea como ISP[88] es el no desempeñar un papel activo que le dé conocimiento o control de la información que alberga y, si conoce que alberga información ilegal, debe actuar con rapidez para eliminarla o para inhabilitar el acceso. En cualquier caso la Comisión expresa que los Estados miembros no deben imponer a las plataformas colaborativas una obligación general de vigilar o buscar activamente hechos o circunstancias que indiquen actividades ilegales aunque sí pueden exigir el fomentar las acciones voluntarias para aumentar la confianza y ofrecer un servicio más competitivo, como por ejemplo adoptar medidas para evitar revisiones falsas o engañosas. Tales acciones voluntarias no deben significar automáticamente que la conducta de la plataforma colaborativa ya no es meramente técnica, automática y pasiva.

Sucede sin embargo que con frecuencia las plataformas digitales extienden su radio de acción al ofrecer servicios adicionales, en cuyo caso dejaría de serles aplicables las exenciones previstas en el artículo 15 de la Directiva sobre Comercio electrónico por lo que hace a tales servicios subyacentes y podrá resultarles aplicable, en su caso, la Directiva de servicios y el marco jurídico aplicable en materia de protección de datos personales[89].

e) Protección de los consumidores y de los usuarios en general. En la medida que los proveedores de bienes y/o servicios reúnan la condición de comerciantes frente a un usuario destinatario que goce de la condición de consumidor, deberá tenerse en cuenta asimismo la normativa de consumo. Como se sabe, la normativa de consumo de la Unión Europea se fundamenta en la distinción entre un «comerciante» y un «consumidor» y se aplicará a los con-

tratos celebrados entre cualquiera que se califique como «comerciante» frente a un consumidor[90]. Por el contrario, no se aplicará a las transacciones en las que ambos resulten consumidores. En este sentido, los proveedores de bienes y/o servicios se califican de comerciantes cuando actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. Y se califican de consumidores cuando actuando con propósitos ajenos a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión adquieren bienes o servicios de un comerciante. Ahora bien, ¿cuándo consideraremos que un proveedor de bienes y/o servicios no es comerciante y opera de igual a igual con el usuario? La Comisión ofrece algunos indicadores para poder evaluar caso por caso: debe atenderse a (i) la frecuencia de los servicios; (ii) el fin lucrativo; (iii) y el nivel de volumen de negocio. Finalmente, para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de las relaciones de consumo, las plataformas deberían facilitar los medios técnicos adecuados para que los prestadores de servicios puedan proceder y diseñando estructuras web que le permitan identificarse como comerciante, si así resulta exigible.

El usuario que no goce de la condición de consumidor —v. gr. en los servicios entre pares— debe contar asimismo con mecanismos de salvaguarda que permitan aumentar su confianza. Los sistemas de evaluación y calificación en línea y las etiquetas de calidad resultan clave para superar el desconocimiento sobre los prestadores de servicios. Dichos mecanismos de fomento de la confianza en la economía colaborativa han sido creados bien por las propias plataformas, bien por terceros especializados y pueden revestir especial importancia, en particular cuando no es aplicable la legislación relativa a los consumidores, sin que ello implique imponer obligaciones de información desproporcionadas a los particulares que no son comerciantes pero que prestan servicios de manera ocasional. Debe tenerse presente que para garantizar su credibilidad y eficacia deberían someterse a ciertos requisitos de calidad.

En ocasiones también la plataforma aplica criterios para seleccionar a los prestadores de bienes y/o servicios que operan a través de ella y realiza controles en relación con su fiabilidad. En tales casos debiera sin embargo informarse a los usuarios y el operador de la plataforma estaría asumiendo una influencia y/o control que tendrá su repercusión en materia de responsabilidad.

f) Trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia. La frontera entre trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena en la actividad desarrollada en algunas plataformas es cada vez más difusa. Dado que, en general, la legislación laboral de la UE establece normas mínimas[91], la Comisión aconseja a los agentes que consulten la legislación nacional aplicable al país en el que se presta el servicio. El Tribunal de Justicia de la UE señaló que la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de esta,

determinadas prestaciones a cambio de una retribución. En consecuencia, la calificación de una relación como de «empleo» deberá determinarse caso por caso considerando los hechos que caracterizan la relación entre la plataforma y el prestador del servicio y atendiendo a tres criterios: la existencia de un vínculo de subordinación; la naturaleza del trabajo; y la existencia de una remuneración. Para que se cumpla el criterio de subordinación el prestador del servicio debe actuar bajo la dirección del operador de la plataforma[92], quien determina la elección de la actividad[93], la remuneración[94] y las condiciones laborales[95].

g) Fiscalidad. Finalmente, en la economía colaborativa se manifiestan asimismo algunas dificultades para identificar a los contribuyentes y los ingresos que deben considerarse sujetos a imposición. Asimismo las diferencias que empiezan a emerger entre las prácticas fiscales en los distintos países de la UE provocan fragmentación en detrimento del mercado interior.

2. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre *las plataformas en línea y el Mercado único digital: Retos y oportunidades para Europa*[96]

La Comisión, consciente de que para poder desarrollar e impulsar plataformas en línea y para poder conservarlas es esencial establecer condiciones marco uniformes y un entorno adecuado, propone algunas directrices que deberían tener en cuenta las plataformas: aplicación de condiciones iguales para servicios digitales comparables a fin de garantizar una competencia leal; exigencia de una conducta responsable en las plataformas en línea para proteger los valores fundamentales; necesidad de transparencia y equidad para mantener la confianza de los usuarios y salvaguardar la innovación; y establecer mecanismos de garantía de no discriminación en una economía basada en los datos.

Así, en orden a la primera premisa consistente en garantizar condiciones iguales para servicios digitales comparables, debiera simplificarse, modernizarse y aligerar la reglamentación existente y que se evite imponer una carga desproporcionada tanto a los nuevos modelos de negocios como a los tradicionales. Ello supondrá en muchos casos proceder en cierta medida a la desregulación. Por lo que hace a la segunda, garantizar la conducta responsable de las plataformas en línea, reforzar la confianza, la transparencia y la equidad, la Comisión sugiere para las plataformas en línea un régimen de responsabilidad equilibrado y previsible e incrementará los incentivos para que las plataformas en línea hagan esfuerzos de autorregulación coordinados a escala de la UE.

Por otro lado, la correcta información suministrada a los usuarios sobre la naturaleza de los productos que ven o que consumen en línea resulta esencial para un funcionamiento eficaz de los mercados. Se necesita garantizar la suficiente transparencia de la información que se vuelca en las plataformas y que los usua-

rios puedan conocer cómo se filtra, configura o personaliza la información que se les presenta, particularmente cuando esta constituye la base de sus decisiones de compra. La evaluación y calificación en línea de los productos y servicios ayuda y empodera a los consumidores, siempre que sea fiable y esté exenta de todo sesgo o manipulación. Del mismo modo, las reseñas y comentarios falsos causan una pérdida de confianza que puede minar el modelo de negocio de la propia plataforma y llegar a generar una desconfianza generalizada[97]. La normativa de la Unión Europea en materia de consumo y de comercialización exige que las plataformas en línea sean transparentes y no induzcan a error a los consumidores (por ejemplo, en lo tocante a los resultados de búsquedas patrocinados o a los sistemas de evaluación y calificación de productos y servicios). El mejor cumplimiento y ejecución de esa normativa reforzará la confianza, la transparencia y la equidad[98]. Del mismo modo las plataformas en línea deben informar a los usuarios[99] sobre los datos personales que se recogen y la manera en que estos se comparten y utilizan, en sintonía con el marco normativo de la UE en materia de protección de datos.

En orden a preservar un entorno empresarial equitativo y abierto a la innovación, las plataformas debieran mantener relaciones positivas y duraderas con sus usuarios profesionales. Sucede sin embargo que en ocasiones sectores enteros dependen del acceso a un número limitado de plataformas y estas tienen acceso datos muy relevantes, lo que puede dar lugar a nuevas asimetrías y prácticas potencialmente desleales, por lo que la Comisión propone la adopción de medios correctores como mecanismos (voluntarios) de solución de litigios o medidas y orientaciones tendentes a una mayor transparencia y una mejor información.

Finalmente, por lo que hace al mantenimiento de mercados abiertos y no discriminatorios para impulsar una economía basada en los datos resulta necesario fijar normas comunes para la transferencia de datos así como para la portabilidad o transferibilidad general de los datos personales y no personales brutos algunos de los cuales son vitales para la continuidad de los negocios y la libre circulación de datos en un mercado único digital.

3. Proyecto de Informe sobre las *plataformas en línea y el Mercado único digital (2016/2276 [INI])* de la Comisión de Industria, Investigación y Energía y de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor[100]

Ambas Comisiones ponen de manifiesto que en la actualidad no hay consenso todavía sobre lo que debe entenderse por plataforma digital intermediaria debido a la diversidad de sus estructuras, actividades que desarrollan[101] o tamaño. A pesar de ello comparten ciertas características que pueden utilizarse para identificarlas. Así, todas ellas usan internet como medio de interacción y actúan como intermediarios entre la demanda y la oferta. La responsabilidad de

estos intermediarios es una de las principales preocupaciones en aspectos tan esenciales como la libre competencia o la competencia leal, la transparencia, la protección de los datos de carácter personal y los derechos de los consumidores, entre otros.

Se ha constatado que, en aras a evitar la creación de monopolios que distorsionen el mercado, resulta necesario garantizar de alguna manera la libre concurrencia entre las plataformas en línea y facilitar el intercambio de información y datos. La neutralidad tecnológica de la red y un acceso justo y no discriminatorio a las plataformas en línea implica también que se apliquen las mismas normas en línea y fuera de línea. Del mismo modo, para evitar prácticas desleales y disfunciones del mercado es preciso velar por una competencia leal y efectiva. Existe además una necesidad real de que las plataformas en línea prevengan actividades ilegales, se doten de medidas de autorregulación eficaces y se respete la legislación de la Unión Europea en materia de competencia y consumidores. Asimismo se considera que las plataformas en línea han de responder a las preocupaciones de los usuarios informándoles de forma más eficaz sobre qué datos personales se recogen, qué uso se hace de ellos y garantizando el cumplimiento efectivo de las normas de protección de datos. Finalmente, dado que todas ellas se valen de sistemas de reputación para generar confianza entre los usuarios, debieran adoptar medidas para evitar que las puntuaciones, los comentarios y las reseñas que efectúan los usuarios no sean manipulados o se haga un uso ilegítimo de los mismos.

4. Propuesta para una regulación europea de las Plataformas de Intermediarios en línea

En la actualidad y desde el año 2015 algunos círculos académicos vienen desarrollando una incipiente labor de ordenación y sistematización con objeto de desarrollar un mínimo marco normativo armonizador de las plataformas digitales que defina los criterios que sirvan para distinguir si un operador de plataforma es un mero proveedor de servicios de la sociedad de la información de mera transmisión, de memoria tampón (*caching*) o de alojamiento de datos, o es asimismo proveedor de servicios, para especificar los deberes y obligaciones del operador de la plataforma, para conocer el régimen de responsabilidad por incumplimiento que recae en los proveedores, así como requisitos básicos para garantizar la transparencia y la equidad de los sistemas de reputación en línea. El Instituto Europeo de Estudios Legales publicó los resultados de una propuesta legislativa elaborada por el Grupo de investigación Derecho de los Servicios Digitales que sugiere la redacción de una Directiva sobre plataformas digitales de intermediarios consistente en un borrador[102] que ha sido adoptado en la actualidad por el *European Law Institute* (ELI) con objeto de proponer

la confección de unas Reglas Modelo sobre aspectos contractuales de las plataformas intermedias en línea (en adelante, Propuesta)[103].

El ámbito de aplicación objetivo de la Propuesta científica son los contratos de suministro de bienes, servicios y contenidos —incluyendo los digitales— que se celebren entre un proveedor y un usuario con la ayuda de una plataforma intermedia en línea. Entre las exclusiones de su ámbito objetivo se señalan tan solo los contratos que se celebren con una administración pública y los contratos de financiación. No excluye sin embargo —a diferencia de la Directiva de Servicios— los servicios en el ámbito del transporte, de las empresas de trabajo temporal, los servicios sanitarios, los servicios audiovisuales, cinematográficos, las actividades de juego por dinero, o los servicios de seguridad privados. Habida cuenta que, además, existe un volumen considerable de legislación comunitaria sobre las actividades de servicios, el texto prevé ser un complemento de este acervo comunitario, y que si una disposición entra en conflicto con alguna de otro acto de la Unión que rija en sectores específicos, ceda y prevalezca la específica.

La Propuesta identifica ciertos términos y ofrece definiciones o descripciones a los efectos de dicha propuesta. Define a las plataformas digitales de intermediación como aquellas que ofrecen un servicio de la sociedad de la información accesible a través de Internet o por medios digitales similares que permiten a los clientes celebrar contratos con proveedores. Excluye expresamente de manera a nuestro parecer acertada, aquellos servicios que se limiten a identifican a los proveedores pertinentes y que dirigen a los clientes a los sitios web de los proveedores o a sus datos de contacto, es decir, los motores de búsqueda, que presentan resultados producto de algoritmos automáticos que aplican criterios objetivos para presentar sitios web. Hubiera sido deseable también que hubiera excluido entonces, en general, todos los servicios propios de la sociedad de la información recogidos en los artículos 12, 13 y 14 de la Directiva de Comercio electrónico, es decir, los servicios de mera transmisión, de memoria tampón (*caching*), de alojamiento de datos, cuando se ofrecen sin más, es decir, sin servicios subyacentes y que tales servicios no modifiquen la información del proveedor, cumplan con las condiciones de acceso a la información y normas relativas a su actualización, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector, y no interfiera en la utilización lícita de tecnología con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información. Asimismo procede a describir los contratos proveedor-cliente como aquellos en virtud de los cuales el proveedor queda obligado a entregar las mercancías, servicios o contenidos digitales a un cliente contra el pago de un precio en dinero o bien contra cualquier otra contraprestación, que puede consistir en la entrega de datos personales.

Por lo que hace a los contratos plataforma-cliente, la descripción ofrecida limita el objeto a la utilización de una plataforma intermedia en línea. Hubie-

ra sido deseable que este descriptor incluyera en el ámbito de aplicación los contratos que se puedan formalizar entre ambos sujetos sobre otros servicios subyacentes que la plataforma ofrezca a los usuarios por razón de la contratación de un bien o servicio. La misma carencia se observa en la descripción que ofrece de los contratos plataforma-proveedor. En el mismo apartado de descriptores se aportan de manera innecesaria e incluso contraproducente definiciones de consumidor y empresario, siendo más oportuno hacer remisión a las definiciones que aportan textos legales existentes en la actualidad para evitar duplicidades e incluso contradicciones en caso de que se produzcan cambios legislativos futuros que afecten a dichos descriptores.

Sugiere la Propuesta la adopción de determinadas medidas en aras a evitar prácticas que atenten a la libre competencia o que puedan significar competencia desleal y que relacionamos a continuación.

a) Transparencia. La información que debiera proporcionarse a través de las plataformas ha de ser clara y transparente. La Propuesta prevé que cuando la colocación dentro de una lista en la plataforma depende de que el proveedor pague por una mejor colocación o de cualquier vínculo corporativo entre el proveedor y el operador de la plataforma sea indicado claramente al cliente.

b) Sistemas de retroalimentación de reputación. Cuando la plataforma proporciona un sistema reputacional debiera facilitarse información sobre las modalidades de recopilación, procesamiento y publicación de calificaciones y revisiones. Se presume que cumple con los estándares precisos si procede de conformidad con las normas nacionales que transponen normas europeas y que controlan los organismos reguladores de estandarización de los procesos, o bien si cumple con las siguientes reglas[104]:

a) Si la plataforma alega que las revisiones proceden de clientes reales, debe adoptar medidas razonables y proporcionadas para verificar que las revisiones se basan en una transacción confirmada.
b) Si se ha solicitado una revisión a cambio de algún beneficio, debe indicarse.
c) Si se rechaza una revisión, el revisor debe ser informado sin demora indebida sobre el rechazo y las razones de tal rechazo.
d) Las revisiones deberán publicarse sin demora indebida.
e) El orden en que las revisiones se presentan por defecto no debe ser engañoso. Los usuarios de la plataforma deben poder ver las revisiones en orden cronológico.
f) Si el sistema de retroalimentación de reputación excluye revisiones anteriores, esto debe indicarse a los usuarios de la plataforma. El periodo de exclusión debe ser razonable pero no menor de 12 meses.
g) Si las revisiones se consolidan en una calificación global, debe indicarse el número total de revisiones en las que se basa la calificación.

h) El operador de la plataforma deberá proporcionar un mecanismo de reclamación gratuito que permita al usuario de la plataforma presentar una notificación motivada si tiene dudas sobre la autenticidad de una revisión.

Al finalizar el contrato de plataforma-proveedor o de plataforma-cliente, el operador de plataforma debe proporcionar mecanismos para que las revisiones existentes puedan ser transferidas a otra plataforma o sistema reputacional diferente en un formato estructurado, de uso común y legible por una máquina. Como es de observar, se opta por un sistema que permite cierta flexibilidad en un entorno tan cambiante, así como la implicación de los participantes, en particular de los proveedores de bienes y servicios[105]. En este sentido es particularmente interesante observar como la posición de la Unión Europea es proclive a considerar justificado que, en materia de economía colaborativa, es oportuno reducir la regulación de determinados aspectos —como por ejemplo los requisitos de acceso, cualidad, seguridad, etc.— habida cuenta la existencia de herramientas tecnológicas como son las reputacionales, que juegan un rol esencial para la creación de la necesaria confianza y credibilidad[106].

c) Deber de informar sobre la plataforma y el proveedor. La Propuesta sugiere el deber de la plataforma de informar al cliente antes de la celebración de un contrato que el contrato se sella con un proveedor y no con el operador de la plataforma. La plataforma quedaría obligada a asegurar que el proveedor informa al cliente si ofrece sus productos, servicios o contenidos digitales como comerciante o como particular. Asimismo, antes de celebrar un contrato la plataforma tendría la obligación de informar al proveedor: (a) que este suministrará los bienes o servicios a través de contratos directos con los clientes —no con la plataforma— (b) las tarifas debidas a la plataforma y cómo se calculan; (c) mecanismos de pago que la plataforma proporciona para los contratos entre proveedores y clientes; (d) métodos de transferencia de comunicaciones entre el proveedor y sus clientes, (e) si el operador de la plataforma selecciona a los clientes para el proveedor y si el proveedor tiene el derecho de rechazar a un cliente propuesto. En cualquier caso la plataforma debería proporcionar a los proveedores herramientas para cumplir con las obligaciones de información del proveedor hacia el cliente.

d) Régimen de responsabilidad por la información suministrada por plataformas y/o proveedores. Si una plataforma hace declaraciones engañosas sobre los proveedores o acerca de los bienes, servicios o contenidos digitales ofrecidos por los proveedores, la plataforma sería responsable de los daños que esta información engañosa ha causado a los clientes. Asimismo, si una plataforma hace declaraciones engañosas sobre los clientes, devendría responsable de los daños que esta información engañosa haya causado a los proveedores.

Por su lado, si un proveedor presenta información engañosa sobre la plataforma y se comunica mediante una notificación dirigida por la plataforma, la

Propuesta sugiere que esta responda de los daños causados por la información engañosa, a menos que la plataforma tome las medidas apropiadas para eliminar o rectificar la información engañosa. Si la plataforma utiliza un sistema de retroalimentación reputacional para rectificar la información engañosa proporcionada por el proveedor, la plataforma tiene la carga de la prueba de que la información engañosa presentada por el proveedor fue contrarrestada eficientemente a través del sistema de retroalimentación reputacional.

Asimismo, el texto ahonda en el régimen de responsabilidad contractual de los distintos agentes intervinientes en aras a mejorar la confianza de los usuarios y clarifica en quien recae la obligación de responder ante determinadas circunstancias. De este modo, expresa que si la plataforma obtiene evidencia creíble de conducta o comportamiento del proveedor que pueda causar daño físico, violación de la privacidad, de la propiedad, privación de libertad o de otro derecho similar al cliente, esta debiera quedar obligada a adoptar las medidas adecuadas para protegerlo y resultaría responsable de los daños causados por dicho incumplimiento.

Desde nuestro punto de vista la responsabilidad por los daños y perjuicios que puedan causar en los usuarios las declaraciones engañosas acerca de los bienes, servicios o contenidos volcados en la plataforma por los proveedores debiera recaer exclusivamente sobre estos. Más dudas se producen cuando la plataforma conoce de la existencia de información engañosa volcada por el proveedor y no adopta medidas conducentes a su corrección. La Propuesta estima que esta debiera responder junto con el proveedor por los daños causados, a menos que adopte medidas apropiadas para evitar su acceso o bien para eliminar o rectificar la información engañosa si la comunicación se ha realizado mediante una notificación dirigida por la plataforma. Ello supondría una obligación de control del contenido de todas las comunicaciones por parte de las plataformas difícil de asumir en la realidad del mercado. Pareciera razonable en cualquier caso la asunción de responsabilidad de la plataforma por no eliminar información engañosa facilitada por los proveedores a los clientes cuando conozca de dicho engaño de algún modo y existe una influencia predominante del operador de la plataforma sobre tales proveedores. O cuando el cliente puede razonablemente pensar que la plataforma es parte contractual y esta tiene una influencia predominante sobre el proveedor, en cuyo caso la plataforma debiera responder conjuntamente con el proveedor.

Del mismo modo expresa el texto analizado que si la plataforma obtiene evidencia creíble de conductas o comportamientos del proveedor que pueden causar daños, violación de la privacidad, de la propiedad, privación de libertad o de otro derecho similar a los clientes, esta debiera quedar obligada a adoptar las medidas adecuadas para proteger al cliente y resultaría responsable de los daños causados por dicho incumplimiento. Por tratarse de servicios de la sociedad de la información que no se limitan a la transmisión, *caching* o alojamiento de

datos podría recaer sobre los operadores de las plataformas una obligación de realizar búsquedas activas sobre los datos generados o transmitidos a través de los servicios subyacentes cuando de algún modo tengan o puedan tener conocimiento de hechos o circunstancias que puedan ser indiciarias de actividades ilícitas de estos, en cuyo caso podría establecerse asimismo una obligación de comunicación de la información a las autoridades públicas competentes.

A nuestro modo de ver, dicha carga no debiera suponer una obligación general de controlar toda la información que fluye por las plataformas, circunstancia que podría hacer casi imposible la prestación de servicios de manera realista y podría conculcar derechos fundamentales. Resulta ilustrativa de los límites que debe aparejar cualquier medida de filtraje la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el *caso CVBA (SABAM) vs Netlog NV*[107], según la cual establecer un sistema de filtrado generalizado sobre toda la información puede vulnerar los derechos fundamentales de los clientes —protección de datos de carácter personal y su libertad de recibir o comunicar informaciones—, implicaría la identificación, el análisis sistemático y el tratamiento de la información relativa a los perfiles creados en la red social dándose la circunstancia de que las informaciones relativas a esos perfiles son datos protegidos de carácter personal, ya que permiten identificar, en principio, a tales clientes y podría vulnerar la libertad de información, dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito.

Una manera de sortear la responsabilidad contractual de las plataformas respecto de las transacciones efectuadas entre proveedores y clientes pudiera ser a nuestro parecer informar cabalmente a los clientes acerca del hecho que la plataforma es mero intermediario digital respecto de los bienes y servicios ofrecidos por los proveedores y que, en su consecuencia, no responderá en caso alguno por incumplimiento del proveedor. Aun así, puede existir una influencia predominante de la plataforma sobre el proveedor que la acerque a una relación jurídica de tipo asociativo, en cuyo caso la responsabilidad frente al tercero sería inevitable. Para evaluar esta circunstancia, la Propuesta introduce algunos criterios que pueden ser indiciarios: (a) cuando el contrato entre el proveedor y el cliente se celebra exclusivamente a través de los servicios proporcionados por la plataforma; (b) cuando la plataforma puede retener los pagos efectuados por los clientes en virtud de los contratos entre proveedores y clientes; (c) cuando los términos del contrato proveedor-cliente son esencialmente determinados por la plataforma, y el precio que debe pagar el cliente es determinado de algún modo por la plataforma; (d) cuando la plataforma proporciona una imagen uniforme de los proveedores o de una marca o la comercialización se centra en la plataforma; (e) o cuando la plataforma supervisa la conducta de los proveedores. En tales casos, analizados caso por caso, la plataforma respondería por los incumplimientos del proveedor con los terceros.

Así, al margen de la responsabilidad de la plataforma en virtud de contratos de plataforma-proveedor o contratos de plataforma-cliente, una plataforma podría resultar responsable por no eliminar información engañosa dada por los proveedores a los clientes que puedan basarse razonablemente en la influencia predominante de la plataforma sobre estos.

Finalmente, la plataforma que responda frente al cliente podrá, en su caso, repetir contra el proveedor. Del mismo modo, un proveedor que se haya convertido en responsable ante un cliente debido a declaraciones engañosas hechas por la plataforma tiene derecho a ser indemnizado por la plataforma. Esta previsión articula la posibilidad de que plataformas y proveedores puedan en su caso interponer luego las correspondientes acciones procesales de repetición.

No prevé la Propuesta canales oportunos para la resolución de los litigios que se planteen por razón de la contratación a través de estas plataformas digitales. La Directiva de Servicios establece que los prestadores deben facilitar datos de contacto, en particular una dirección postal y un número de fax o una dirección de correo electrónico y un número de teléfono a los que todos los destinatarios, incluidos los que residen en otro Estado miembro, puedan dirigir directamente las reclamaciones o las peticiones de información sobre el servicio prestado. En el entorno electrónico debiera ser preceptiva asimismo la facilitación de una dirección de correo electrónico en cualquier caso. Los prestadores sujetos a un código de conducta o los miembros de una asociación u organismo profesional en los que esté previsto algún mecanismo de resolución extrajudicial debieran asimismo informar de ello al destinatario, mencionarlo en la plataforma, facilitar información sobre las características y condiciones de uso del mecanismo y brindar la posibilidad de proceder electrónicamente a la resolución.

Se echa en falta asimismo un régimen específico regulador de los mecanismos reputacionales que constituyen la herramienta clave sobre la que descansa el sistema de protección del usuario en estas transacciones en línea. Resultaría oportuno asimismo procurar una respuesta uniforme y eficaz a la manipulación o uso desleal de los mismos.

Por lo que hace a la fiscalidad, sería deseable establecer o armonizar criterios de imposición fiscal para evitar un potencial *forum shopping* dentro del Mercado único europeo.

Para finalizar, la Propuesta no introduce, desde nuestro punto de vista acertadamente, restricciones en el acceso a los mercados. Cabe señalar que gran parte de las plataformas de intermediarios digitales han despertado en sus sectores de actividad algún tipo de recelo inicial al ingresar y concurrir en el mercado con operadores tradicionales. Debe tenerse presente que el presunto incumplimiento de las obligaciones fiscales, o las dificultades de carácter económico no pueden ser argumento válido para establecer restricciones a la libertad de establecimiento de estas estructuras digitales. Toda limitación debería estar justificada por razones imperiosas de interés general, y siempre que sea adecuada para garantizar la

realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho fin. Tampoco las razones económicas deben constituir sin más razones para su limitación[108]. Las Administraciones deben dotarse de mecanismos de intervención para la detección de prácticas fraudulentas y para su sanción. Los pagos en línea que se efectúan a través de las plataformas ofrecen, por su lado, un nivel de transparencia que favorece la recogida de datos a efectos de imposición fiscal. Por lo que hace a las externalidades negativas que se atribuyen en ocasiones a la actividad de estas plataformas, la aplicación de tasas al precio final que permita cubrir correctamente el coste social sería un mecanismo oportuno. En este sentido, la Propuesta no somete la actividad de plataformas y operadores proveedores de servicios a autorizaciones administrativas previas, lo que no obsta a que, de conformidad con la actual normativa europea, particularmente la señalada Directiva 2006/123, de servicios, puedan exigirse en algunos casos si se reúnen las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad: que exista una razón imperiosa de interés general, que el objetivo perseguido no pueda lograrse mediante una medida menos restrictiva, y que el régimen de autorización no sea discriminatorio para el prestador. Aun así, toda exigencia de autorización debiera quedar sometida a los estrictos requisitos establecidos en los artículos 10 a 14 de la Directiva de Servicios, y con las limitaciones del artículo 15 del mismo cuerpo legal que impiden el establecimiento de requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en ciertos indicadores que relaciona[109]. En este sentido, debe tenerse en cuenta que cada vez es más frecuente que se invoque el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea para impugnar normativa que limite la libertad comercial de los operadores económicos y en general la libre circulación de personas, servicios y capitales que facilitan las plataformas de intermediarios digitales, y cabe señalar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Bernard KECK y Daniel MITHOUARD[110], relativo a una prohibición general de venta a pérdida en la comercialización de bienes y servicios señaló que el hecho de que haya empresas que, al ejercer actividades comerciales en diferentes Estados miembros, estén sometidas a legislaciones diferentes, de las que unas prohíben la reventa a pérdida y otras la permiten, no constituye una discriminación en el sentido del artículo 7 del Tratado, si se aplica a toda actividad comercial efectuada en el territorio nacional con independencia de la nacionalidad de las personas que la lleven a cabo. En este sentido es preciso señalar que la prohibición del artículo 30 del Tratado cuando señala que quedan prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente, ello es así siempre que esta aplicación no pueda ser justificada por un objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías (v. asunto CASSIS DE DIJON)[111]. Y no resulta prohibidas las disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta que no son susceptibles de obstaculizar

directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia en asunto DASSONVILLE[112] siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros. El mismo tribunal en la sentencia KER-OPTIKA[113] señala, respeto del objetivo de interés general, que la normativa debe ser proporcionada, es decir, no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo invocado[114].

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que si bien la actividad de venta que se hace por internet resulta comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31, de comercio electrónico[115], las normas nacionales relativas a la entrega de tales bienes vendidos por internet no están comprendidas en su ámbito de aplicación.

VI. INDICACIONES CONCLUSIVAS

Los nuevos modelos económicos facilitados por plataformas de intermediarios digitales y que operan bajo el paraguas de la denominada economía compartida, economía colaborativa, consumo colaborativo o consumo participativo generan un mercado abierto, que potencia relaciones jurídicas en ocasiones de difícil incardinación en los esquemas tradicionales. Estas plataformas logran expandirse gracias muy diversos sistemas de reputación —puntuaciones, valoraciones, recomendaciones— y de pago electrónico a través de intermediarios financieros y otros servicios subyacentes que generan confianza entre sus usuarios. La Unión Europea no ha adoptado todavía terminología, definiciones y nomenclatura uniforme para describir el fenómeno. La Comisión Europea se decanta en cualquier caso por utilizar la expresión más abierta de economía colaborativa (*collaborative economy*) entendiendo por ello el ecosistema complejo de provisión de servicios y bienes para uso temporal y basado en intercambios a través de plataformas en línea.

La operativa de los operadores de plataformas, proveedores de bienes y/o servicios y los usuarios genera algunas incertidumbres todavía irresueltas. Desde un plano subjetivo cabría preguntarse si cuando un sujeto proporciona un determinado bien o servicio a través de una plataforma de intermediarios digitales y lleva a cabo esta actividad sin ánimo de lucro con un propósito ajeno a su actividad comercial, profesional o empresarial reúne la condición de consumidor frente a la plataforma digital que presta servicios subyacentes, en cuyo caso resultaría aplicable la normativa de consumo —Directiva 2011/83/EU, de consumo; en España, RDL 1/2007, de Consumidores y usuarios. Desde un plano objetivo surgen dudas acerca del alcance del término servicios subyacentes.

Porque si el objeto de las plataformas queda limitado a suministrar servicios de la sociedad de la información consistentes en la mera transmisión o alojamiento de datos o en actividades de *caching,* sus actividades no modifican la información del proveedor, cumplen con las condiciones de acceso a la información y normas relativas a su actualización, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector y no interfieren en la utilización lícita de tecnología con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, esta actividad queda sometida al régimen de los artículos 12 a 14 de la Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico —en España, la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico (LSSI)—. Si, por el contrario, se extiende a otros servicios —denominados subyacentes— entraría en juego asimismo la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior —en España, su transposición mediante Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la unidad de mercado (LGUM).

Si, además, la relación entre ambos es de tipo asociativo es posible calificarla de colaboración y dentro de la misma de integración. En la medida que, caso a caso, la relación jurídica pudiera ser calificada de integración el operador de la plataforma digital intermediaria podría devenir corresponsable también de la actividad desarrollada por el integrado frente a los terceros. En estas relaciones jurídicas cada parte queda obligada a cumplir con cometidos distintos dentro del proceso de desarrollo de la actividad económica en los términos pactados y será en virtud de las obligaciones asumidas y de los pactos alcanzados que podrá identificarse, caso por caso, quien queda obligado a cumplir con la normativa sectorial específica de la actividad desarrollada. La responsabilidad de cada uno de los agentes se medirá en función del alcance de las obligaciones asumidas si bien, frente a terceros y la corresponsabilidad derivada de daños o infracciones debiera operar en caso de duda cuando estas relaciones resulten de tipo asociativo sin constituir asociación. De modo que, excepto en el supuesto de que la atribución de responsabilidad sea posible a una de las partes por constituir su actuación causa directa de la contingencia o infracción producida, cuando el poder de decisión sobre el efectivo cumplimiento de una obligación o precepto corresponde a la plataforma y su ejecución o aplicación al operador proveedor de bienes y/o servicios, la responsabilidad debiera considerarse solidaria.

Cuando estas relaciones jurídicas en el entorno de una plataforma digital intermediaria desencadenan conflictos, las reclamaciones que puedan originarse debieran poder ser canalizadas por el mismo conducto a través del cual se materializó la transacción, es decir, a través de la plataforma electrónica o al menos telemáticamente y, a ser posible mediante mecanismos extrajudiciales rápidos y expeditivos, en sintonía con la rapidez y sencillez ofrecidas para la contratación. En este sentido parece razonable exigir que cuenten con mecanismos de prevención y gestión de las reclamaciones, así como con sistemas reputacionales electrónicos que empoderen a los usuarios y les permita influir

de manera decisiva en el comportamiento de los operadores proveedores de bienes y servicios.

De ello se desprende que esta nueva realidad requiere disponer de un mínimo cuadro normativo que dote al mercado único de claridad y seguridad jurídica respecto de estos importantes aspectos. Resulta esencial determinar el régimen de responsabilidad de las plataformas y de otros operadores participantes con objeto de promover un comportamiento responsable y dotar de seguridad jurídica y certeza al sistema. Resultaría deseable asimismo contar con un marco regulador que promueva la confianza y la transparencia en los criterios de evaluación y calificación, y establezca criterios fiables que eviten distorsiones en el mercado por efecto del uso de valoraciones o recomendaciones falsas o desviadas, o la aplicación de incentivos económicos desleales. Marco normativo que debiera ser neutral desde el punto de vista tecnológico y que permitiera la transferibilidad de los datos y la colaboración con las autoridades competentes en el cumplimiento de las obligaciones legales.

Algunos Estados europeos han procedido a adoptar medidas de política legislativa con objeto de dar respuesta a los distintos retos que plantea esta nueva realidad. Como se ha observado son iniciativas que abordan solo parcialmente el fenómeno, a través de normativa —fundamentalmente administrativa y fiscal— con objeto de reconocer y dar carta de naturaleza a esta nueva economía al tiempo que se somete a controles y se articula un régimen sancionador. En el marco de las relaciones jurídico-privadas que se entablan en el seno de las plataformas de intermediarios digitales debiera tenerse en cuenta no solo la normativa interna de cada uno de los Estados miembros si no muy particularmente la legislación de la Unión y todo su acervo. En el seno de la Unión Europea se considera que los nuevos modelos de negocio tienen un potencial significativo para contribuir a la competitividad y el crecimiento y al empleo. Razón por la cual se desea fijar un adecuado entorno legal que dé respuesta a algunas dificultades identificadas vinculadas a la introducción de ciertos requisitos de acceso al mercado discutibles, al régimen aplicable a la prestación de servicios entre iguales, a la prestación de servicios subyacentes por las plataformas, a las posibles relaciones de influencia o control de las plataformas sobre los proveedores de bienes y/o servicios.

La Unión Europea viene entendiendo que si la prestación de servicios la efectúan particulares de manera ocasional (entre «pares», peer to peer, P2P) el régimen debiera resultar menos riguroso al objeto de facilitar y promocionar los intercambios que vienen caracterizando a la economía colaborativa, al tiempo que garantice calidad y un elevado nivel de protección de los consumidores con independencia de quien suministre los bienes o servicios, lo que no es siempre sencillo de conciliar.

Cuando las plataformas digitales extienden su radio de acción y ofrecen servicios subyacentes dejaría de serles aplicables las exenciones previstas en el artícu-

lo 15 de la Directiva sobre Comercio electrónico por lo que hace a tales servicios y podrá resultarles aplicable, en su caso, la Directiva de servicios y el marco jurídico aplicable en materia de protección de datos personales. A su vez, en la medida que los proveedores de bienes y/o servicios reúnan la condición de comerciantes frente a un usuario destinatario que goce de la condición de consumidor, deberá tenerse en cuenta la normativa de consumo. Por el contrario, no se aplicará a las transacciones en las que ambos participantes resulten consumidores. La Comisión ofrece algunos indicadores para poder evaluar caso por caso: debe atenderse a la frecuencia de los servicios, al fin lucrativo y al nivel de volumen de negocio. Finalmente, para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de las relaciones de consumo, las plataformas deberían facilitar los medios técnicos adecuados para que los prestadores de servicios puedan proceder, diseñando estructuras web que les permita identificarse como comerciante, si así resulta exigible.

El usuario que no goce de la condición de consumidor —v. gr. en los servicios entre pares— debe contar asimismo con mecanismos de salvaguarda que permitan aumentar su confianza. Los sistemas de evaluación y calificación en línea y las etiquetas de calidad resultan clave y dichos mecanismos deberían someterse a ciertos requisitos de calidad.

Por otro lado, las plataformas debieran aplicar condiciones iguales para servicios digitales comparables a fin de garantizar una competencia leal; llevar a cabo una conducta responsable y transparente y establecer mecanismos de garantía de no discriminación en una economía basada en los datos. Resultaría oportuno simplificar, modernizar y aligerar la reglamentación existente y que se evite imponer una carga desproporcionada tanto a los nuevos modelos de negocios como a los tradicionales. La neutralidad tecnológica de la red y un acceso justo y no discriminatorio a las plataformas en línea implica también que se apliquen las mismas normas en línea y fuera de línea.

Se necesita garantizar la suficiente transparencia de la información que se vuelca en las plataformas y que los usuarios puedan conocer cómo se filtra, configura o personaliza la información que se les presenta, particularmente cuando esta constituye la base de sus decisiones de compra. La evaluación y calificación en línea de los productos y servicios debe ser transparente y no inducir a error a los consumidores. Por su lado, resulta necesario fijar normas comunes para la transferencia de datos así como para su portabilidad o transferibilidad. Asimismo se considera que las plataformas en línea han de responder a las preocupaciones de los usuarios informándoles de forma más eficaz sobre qué datos personales se recogen, qué uso se hace de ellos y garantizando el cumplimiento efectivo de las normas de protección de datos.

Toda propuesta para una regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales debería contemplar asimismo un régimen aplicable a las modalidades de recopilación, procesamiento y publicación de calificaciones y revisiones que atienda a determinados estándares de calidad como sugiere el

Grupo de investigación Derecho de los Servicios Digitales del Instituto Europeo de Estudios Legales: (a) Si la plataforma alega que las revisiones proceden de clientes reales, debe adoptar medidas razonables y proporcionadas para verificar que las revisiones se basan en una transacción confirmada. (b) Si se ha solicitado una revisión a cambio de algún beneficio, debe indicarse. (c) Si se rechaza una revisión, el revisor debe ser informado sin demora indebida sobre el rechazo y las razones de tal rechazo. (d) Las revisiones deberán publicarse sin demora indebida. (e) El orden en que las revisiones se presentan por defecto no debe ser engañoso. Los usuarios de la plataforma deben poder ver las revisiones en orden cronológico. (f) Si el sistema de retroalimentación de reputación excluye revisiones anteriores, esto debe indicarse a los usuarios de la plataforma. El periodo de exclusión debe ser razonable pero no menor de 12 meses. (g) Si las revisiones se consolidan en una calificación global, debe indicarse el número total de revisiones en las que se basa la calificación. (h) El operador de la plataforma deberá proporcionar un mecanismo de reclamación gratuito que permita al usuario de la plataforma presentar una notificación motivada si tiene dudas sobre la autenticidad de una revisión.

La responsabilidad por los daños y perjuicios que puedan causar en los usuarios las declaraciones engañosas acerca de los bienes, servicios o contenidos volcados en la plataforma por los proveedores debiera recaer exclusivamente sobre estos. Más dudas se producen cuando la plataforma conoce de la existencia de información engañosa volcada por el proveedor y no adopta medidas conducentes a su corrección. El borrador estima que esta debiera responder junto con el proveedor por los daños causados a menos que adopte medidas apropiadas para evitar su acceso o bien para eliminar o rectificar la información engañosa. Pareciera razonable en cualquier caso la asunción de responsabilidad de la plataforma por no eliminar información engañosa facilitada por los proveedores a los clientes cuando conozca de dicho engaño y existe una influencia predominante del operador de la plataforma sobre tales proveedores. Si el cliente puede razonablemente pensar que la plataforma es parte contractual y esta tiene una influencia predominante sobre el proveedor, debiera responder conjuntamente con el proveedor.

Del mismo modo, si la plataforma obtiene evidencia creíble de conductas o comportamientos del proveedor que pueden causar daños, violación de la privacidad, de la propiedad, privación de libertad o de otro derecho similar a los clientes, esta debiera quedar obligada a adoptar las medidas adecuadas para proteger al cliente y resultaría responsable de los daños causados por dicho incumplimiento.

Por tratarse de servicios de la sociedad de la información que no se limitan a la transmisión, *caching* o alojamiento de datos podría recaer sobre los operadores de las plataformas una obligación de realizar búsquedas activas sobre los datos generados o transmitidos a través de los servicios subyacentes cuando

de algún modo tengan o puedan tener conocimiento de hechos o circunstancias que puedan ser indiciarias de actividades ilícitas de estos, en cuyo caso podría establecerse asimismo una obligación de comunicación de la información a las autoridades públicas competentes. Carga que no debiera suponer una obligación general de controlar toda la información que fluye por sus plataformas, circunstancia que podría hacer casi imposible la prestación de servicios de manera realista.

Una manera de sortear la responsabilidad contractual de las plataformas que operan como meros prestadores intermediarios respecto de las transacciones efectuadas entre proveedores de servicios y clientes pudiera ser informando cabalmente a los clientes que la plataforma es mero intermediario digital respecto de los bienes y servicios ofrecidos por los proveedores y que la actividad de estos últimos es independiente y principal. En tales casos no debieran responder por el incumplimiento del proveedor de servicios. Aun así, puede existir una influencia predominante de la plataforma sobre el proveedor que la acerque a una relación jurídica de tipo asociativo o que exista dependencia funcional o económica del segundo respecto del prestador intermediario —plataforma— en cuyo caso la responsabilidad frente al tercero sería inevitable. Para evaluar esta circunstancia, la Propuesta introduce algunos criterios: (a) cuando el contrato entre el proveedor y el cliente se celebra exclusivamente a través de los servicios proporcionados por la plataforma; (b) cuando la plataforma puede retener los pagos efectuados por los clientes en virtud de los contratos entre proveedores y clientes; (c) cuando los términos del contrato proveedor-cliente son esencialmente determinados por la plataforma, y el precio que debe pagar el cliente es determinado de algún modo por la plataforma; (d) cuando la plataforma proporciona una imagen uniforme de los proveedores o de una marca o la comercialización se centra en la plataforma; (e) o cuando la plataforma supervisa la conducta de los proveedores. En tales casos la plataforma respondería por los incumplimientos del proveedor respecto de los terceros. La plataforma que responda frente al cliente podrá, en su caso, repetir contra este.

No prevé la Propuesta canales oportunos para la resolución de los litigios que se generen por razón de la contratación a través de plataformas de intermediarios digitales. La Directiva de Servicios establece que los prestadores deben facilitar datos de contacto, en particular una dirección postal y un número de fax o una dirección de correo electrónico y un número de teléfono a los que todos los destinatarios, incluidos los que residen en otro Estado miembro, puedan dirigir directamente las reclamaciones o las peticiones de información sobre el servicio prestado. En el entorno electrónico debiera obrar un requisito adicional: la facilitación de una dirección de correo electrónico. Por otro lado, los prestadores sujetos a códigos de conducta o los miembros organismos en los que esté previsto algún mecanismo de resolución extrajudicial debieran asimismo informar de esta circunstancia al usuario a través de la plataforma, facilitar

información sobre las características y condiciones de uso del mecanismo y brindar la posibilidad de proceder electrónicamente a la resolución.

Se echa en falta asimismo un régimen específico regulador de los mecanismos reputacionales que constituyen herramientas clave sobre las que descansa el sistema de protección del usuario en estas transacciones en línea. Resultaría oportuno procurar una respuesta uniforme y eficaz que evite la manipulación o uso desleal de los mismos.

Por lo que hace a la fiscalidad, sería deseable establecer o armonizar criterios de imposición fiscal para evitar un potencial *forum shopping* dentro del Mercado único europeo y dotar a las Administraciones de herramientas de detección de prácticas fraudulentas y mecanismos de intervención y sanción adecuadas.

Finalmente, gran parte de las externalidades negativas que se atribuyen a las plataformas en determinados sectores podrían paliarse mediante la aplicación de tasas al precio final que permita cubrir correctamente los costes sociales.

REFERENCIAS NORMATIVAS

- Tratado de la Unión Europea
- Directiva 93/13/EEC sobre cláusulas abusivas en los contratos concluidos con consumidores
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)
- Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) número 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo
- Directiva 2006/123 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva Servicios)
- Directiva 2011/83/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva de consumo)
- Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de

consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) número 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva ADR de consumo)

• Reglamento (UE) 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento ODR de consumo)

• Eurobarómetro Especial 359 Actitudes frente a la protección de datos y la identidad electrónica en la Unión Europea

• Comunicación de la Comisión Europea, Hacia una economía de los datos próspera. [COM(2014) 442 final]

• Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Las plataformas en línea y el Mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa. COM (2016) 288 final

• Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Las plataformas en línea y el Mercado único digital. Agenda para la economía colaborativa. COM (2016) 356 final

• Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Liberar el potencial de la microfinanciación colectiva en la Unión Europea». COM/2014/0172 final

• Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. COM (2000) 248

• Documento de trabajo de los servicios de la Comisión Servicios en línea, incluido el comercio electrónico, en el mercado único. SEC (2011) 1641 final

• Proyecto de Informe sobre las plataformas en línea y el Mercado único digital de la Comisión de Industria, Investigación y Energía y de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor. (2016/2276 [INI])

• Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico («LSSI»)

• Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la unidad de mercado (LGUM)

• Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

JURISPRUDENCIA

Tribunal, Sala y Fecha	Asunto	Partes
Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1979	C-120/78	Cassis de Dijon, Rewe-Zentral
Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 1988	C-352/85	Bond van Adverteerders vs Estado Neerlandés
Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 1991	C-361/89	Patrice di Pinto
Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 1998	C-361/89	Bayerische Hypotheken-und Wechselbank AG vs Edgar Dietzinger
Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 1993.	C-267/91 y C-268/91	Bernard Keck y Daniel Mithouard
Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1997	C-69/95	Francesco Benincasa vs Dentalkit Srl
Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de octubre de 1999	C-97/98	Peter Jägerskiöld vs Torolf Gustafsson
Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001	C-57/99	Smits vs Peerbooms
Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2002	C 60/00	Mary Carpenter vs Secretary of State for the Home Department
Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2005	C-464/01	Gruber vs BayWA AG
Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 2005	C-350/03	Elisabeth Schulte vs Deutsche Bausparkasse Badenia AG
Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 2008	C-412/06	Annelore Hamilton vs Volksbank Filder eG,
Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de octubre de 2008	C-527/06	Renneberg vs Staatssecretaris van Financiën
Sentencia del Tribunal de Justicia UE de 18 de diciembre de 2007	C-281/06	Hans-Dieter Jundt y Hedwig Jundt vs Finanzamt Offenburg.
Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de abril de 2010	C-96/08	CIBA Speciality Chemicals Central and others vs Adó- és Pénzügyi Ellenőrzési Hivatal (APEH) Hatósági Főosztály

Tribunal, Sala y Fecha	Asunto	Partes
Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2010.	C-585/08	Peter Pammer vs Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG
Sentencia del Tribunal de Justicia UE de 23 de marzo de 2010.	C-236/08	Google France SARL y Google Inc. vs Louis Vuitton Malletier SA
Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de diciembre de 2010	C-108/09	Ker-Optika bt vs ÀNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézete.
Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de diciembre de 2010	C-108/09	Ker-Optika bt vs ÀNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézete
Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2012	C-360/10	CVBA (SABAM) vs Netlog NV
Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2011	C-70/10	Scarlet Extended SA vs Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)
Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 2015	C-198/14	Valev Visnapuu vs Kihlakunnansyyttäjä y Suomen valtio - Tullihallitus
Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de junio de 2015	C- 98/14	Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató kft y otros vs Magyar Állam
Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de septiembre de 2016	C 484/14	Asunto Tobias Mc Fadden vs Sony Music Entertainment Germany GmbH.
Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 septiembre 2015	C-10/14	HoraOvidiu Costea vs SC Volksbank România SA
Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 2015	C-198/14	Asunto Valev Visnapuu vs Kihlakunnansyyttäjä y Suomen valtio - Tullihallitus
Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de mayo de 2017	C-339/15	Vanderborght
Cuestión Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea	C-434/15	Asociación Profesional Elite Taxi Vs Uber Systems Spain SL
Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de mayo de 2017	C-339/15	Vanderborght
Cuestión Prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea	C-320/16	Uber France SAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLEN, D. y BERG, C. (2014) *The sharing economy: How over-regulation could destroy an economic revolution*. Melbourne: Institute of Public Affairs.

BARRY, J. y CARON, P. (2015). Tax Regulation, Transportation Innovation, and the Sharing Economy, *University of Chicago Law Review Dialogue*, Vol. 82, 2015; Pepperdine University Legal Studies Research Paper núm. 2015/2; San Diego Legal Studies Paper núm. 15, 180.

BLOCK, J. y WAGNER, M. (2010). Necessity an Opportunity Entrepreneurs in Germany: Characteristics and Earnings Differentials. *Schmalenbach Business Review*, abril, 154-174.

BUSCH, C. DARNEMANN, G., SCHULTE NOLKE, H., WIEWIOROSWSKA-DONAGALSKA, A., ZOLL, F. (2016), Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, *EuCML,* 4, 165.

CANNON, B. y CHUNG, H. (2015). A framework for designing co-regulation models well-adapted to technology-facilitated sharing economies, *Santa Clara High Tech. L. J.,* 31, 23-97.

CAUFFMAN, C. y SMITS, J. (2016). The Sharing Economy and the Law. Food for European Lawyers, 23*, MJ* 6, 906.

CODAGNONE, Cristiano y MARTENS, Bertín (2016). Scoping the Sharing Economy: Origins, Definitions, Impact and Regulatory Issues. *Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy, Working Paper* 2016/01, 6.

COHEN, M. y SUNDARARAJAN, A. (2015). *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy. The University of Chicago Law Review Dialogue*, 82, 116-133.

COHEN, M. y ZEHNGEBOT, C. (2014). What's Old Becomes New: Regulating the Sharing Economy. 58 *Boston Bar Journal,* 34.

DAUS, M. y RUSSO, P. (2015). One Standard for All. Criminal Background Checks For Taxicab, For-Hire, and Transportation Network Company (Tnc) Drivers. New York: *Jay College of Criminal Justice, of the City University of New York.*

FRENKEN, K. *et al*. (2015). Smarter Regulation for the Sharing Economy, *The Guardian,* 20 de mayo de 2015.

FRENKEN, K. y SCHORB, J. (2017). Putting the sharing economy into perspective, *Environmental Innovation and Societal Transitions*, vol. 23, Junio, 3-10.

GOBBLE, M. (2015). Regulating Innovation in the New Economy, Research-Technology Management, marzo-abril, 62-63.

GOUDIN, Pierre y European Added Value Unit (2016). The Cost of Non-Europe in the Sharing Economy. *European Parliamentary Research Service EPRS,* PE 558.777-Bruselas, Unión Europea, enero de 2016.

KOOPMAN, C., MITCHELL, M., THIERER, A. (2014). *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change*. Arlington: Mercatus Center, George Madison University.

MALHOTRA, A. y VAN ALSTYNE, M. (2014). The dark side of the sharing economy… and how to lighten it. *Communications of the ACM*, 2914, 57, 24-27.

MCLEAN, S. (2015). The rise of the sharing economy, *Computers & Law Magazine of SCL*, 26(1), 26-28.

MILLER, S. (2016). First Principles for Regulating the Sharing Economy. *Harvard Journal on Legislation,* en prensa. 53, Harvard Journal on Legislation, 150.

OEI, S. y D. RING, D. (2015). Can Sharing Be Taxed?, Boston: *Boston College Law School Legal Studies Research Pape*r núm. 352.

RANCHORDAS, S. (2015). Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 16(1), 413-475.

RAUCH, D. y SCHLEICHER, D. (2015). Like Uber, But For Local Government Policy: The Future of Local Regulation of the «Shared Economy». *New York New York University, Marron Institute of Urban Management*, Working Paper # 21;

ROOSELAER, T. (2015). *The sharing economy in Belgium: status and implications for entrepreneurs*. University of Liverpool, Liverpool.

— (2014). *The sharing economy in Belgium: status and implications for entrepreneurs*. Liverpool: The University of Liverpool.

SUNIL, J. y NOAH, Z. (2015). *Policymaking for the Sharing Economy: Beyond Whack-A-Mole*. Toronto: Mowat Centre, University of Toronto.

THIERER, A. *et alii* (2015). How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the 'Lemons Problem.

VAUGHAN R. y DAVERIO, R. (2016). Assessing the size and presence of the collaborative economy in Europe. *PWC*, abril.

VILALTA NICUESA, A. (2012). *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, Thomson Reuter Aranzadi.

— (2017). *Los sistemas reputacionales como mecanismos de compulsión privada,* Ed. Civitas, cap. 16, en prensa.

ZRENNER, A. (2015). *The ethics of regulating the Sharing Economy*. The Kenan Institute for Ethics at Duke University.

NOTAS

[1] Véanse los distintos descriptores y conceptualizaciones que recopila CODAGNONE, C. y MARTENS, B. (2016) «Scoping the Sharing Economy: Origins, Definitions, Impact and Regulatory Issues». *Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy, Working Paper* 2016/01, 6; Asimismo, ROOSELAER, T. (2014) *The sharing economy in Belgium: status and implications for entrepreneurs*. University of Liverpool, Liverpool.

[2] En sentido estricto, es descrita como aquellos modelos en los que solo participan iguales —excluyendo por ende a las transacciones comerciales entre empresas y consumidores— a través de las cuales los usuarios proporcionan acceso temporal a un bien —excluyendo la transferencia permanente de la propiedad del bien— y sobre bienes o servicios infrautilizados, es decir, que ya se tienen pero a los que se les daba un uso residual, motivo por el cual, lo ponen al servicio temporal de otras personas a cambio de otro bien o servicio o una cantidad económica (por ejemplo, una plaza en un vehículo que efectúa habitualmente un trayecto, una habitación de una vivienda ocupada por su dueño, etc.). Es una manera de aprovechar la capacidad excedente —por lo tanto excluye la modalidad de servicios a la carta, que no existirían de no haber una demanda—. Véase FRENKEN, K. *et alii* (2015) «Smarter Regulation for the Sharing Economy» *The Guardian*, 20 de mayo [En línea] accessible en https://www.theguardian.com/science/political-science/2015/may/20/smarter-regulation-for-the-sharing-economy [fecha de última consulta: 23 de agosto de 2017] véase FRENKEN, K., SCHORB, J. (2017) «Putting the sharing economy into perspective», *Environmental Innovation and Societal Transitions*. vol. 23, junio, 3-10.

[3] COM (2015) 550 final.

[4] Véase a título de ejemplo la resolución del Parlamento Europeo de 9 de septiembre 2015 para la implementación del Libro Blanco del transporte [2015/2005(INI)] o la resolución del mismo organismo de 29 de octubre de 2015 sobre los retos para la promoción del turismo en Europa [2014/2241 (INI)].

[5] Entre los radicalmente en contra de cualquier intervención se encontrarían, por citar algunos: ALLEN, D. y BERG, (2014) *The sharing economy: How over-regulation could destroy an economic revolution*. Melbourne: Institute of Public Affairs; COHEN, M. y SUNDARARAJAN, A. (2015) Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy. *University of Chicago Law Review Dialogue*, vol. 82, 116-133. KOOPMAN, C., MITCHELL, M., THIERER, A. (2014) *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change*. Arlington: Mercatus Center, George Madison University; THIERER, A. *et alii* (2015) How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the 'Lemons Problem, accesible en SSRN: http://ssrn.com/abstract=2610255. Entre los favorables a alguna forma de regulación: CANNON, B. y CHUNG, H. (2015) A framework for designing co-regulation models well-adapted to technology-facilitated sharing economies, *Santa Clara High Tech. L. J.,* vol. 31, 23-97; GOBBLE, M. (2015) Regulating Innovation in the New Economy, Research-Technology Management, marzo-abril, 62-63; MALHOTRA, A., VAN ALSTYNE, M. (2015) The dark side of the sharing economy … and how to lighten it. *Communications of the ACM*, vol. 57, 24-27; MCLEAN, S. (2015) «The rise of the sharing economy», *Computers & Law Magazine of SCL*, vol. 26 (1), 26-28; RANCHORDAS, S. (2015) Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, vol. 16 (1), 413-475; RAUCH, D., SCHLEICHER, D. (2015) Like Uber, But For Local Government Policy: The Future of Local Regulation of the «Shared Economy». *New York New York University, Marron Institute of Urban Management*, Working Paper núm. 21; SUNIL, J., NOAH, Z. (2016) *Policymaking for the Sharing Economy: Beyond Whack-A-Mole*. Toronto: Mowat Centre, University of Toronto, 2015; ZRENNER, A. (2015) *The ethics of regulating the Sharing Economy*. The Kenan Institute for Ethics at Duke University; BARRY, J. y CARON, P. (2015) Tax Regulation, Transportation Innovation, and the Sharing Economy, *University of Chicago Law Review Dialogue*, vol. 82; COHEN, M. y ZEHNGEBOT, C. (2014) What's Old Becomes New: Regulating the Sharing Economy. 58 *Boston Bar Journal* 34; DAUS, M. y RUSSO, P. (2015) One Standard for All. Criminal Background Checks For Taxicab, For-Hire, and Transportation Network Company (Tnc) Drivers. New York: *Jay College of Criminal Justice, of the City University of New York*; MILLER, S. (en prensa) First Principles for Regulating the Sharing Economy. *Harvard Journal on Legislation*; OEI, S, y RING, D. (2015) Can Sharing Be Taxed? Boston: *Boston College Law School Legal Studies Research Pape*r núm. 352.

[6] COM(2016) 356 final Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *a European Agenda for the Collaborative Economy*. Bruselas, 2 de junio de 2016, [En línea] disponible en: https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-356-EN-F1-1.PDF. [fecha de última consulta: 23 de agosto de 2017].

[7] Véase por ejemplo, Informe del primer Workshop sobre *Collaborative Economy in Short-Term Accommodation Rental Services*, [En línea] disponible enfile:///C:/Users/Alberto/Downloads/Report%20of%20the%20opening%20plenary.pdfVer

[8] Informe de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia (2016) *Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*, CNMC, marzo de 2016, 22. Disponible en: https://docs.google.com/document/d/1n65MjUaTmRLuZCqTIlqyWvobVqreR-iAzsz1mhxy2y0/edit?pref=2&pli=1, [fecha de última consulta: 23 de agosto de 2017].

[9] Desde bienes físicos, productos, accesorios, hasta experiencias. Algunos sectores muy popularizados desarrollados al calor de estas plataformas digitales son el alojamiento vacacional a corto plazo, el transporte de pasajeros, los servicios profesionales y técnicos, los

servicios de enseñanza, y la financiación o *crowdfundin*g. Abordadas en la Comunicación de la Comisión COM / 2014/0172.

[10] A modo ilustrativo, la plataforma *BlaBlaCar* ofrece cobertura de seguro adicional y gratuito de la aseguradora AXA a todos sus miembros, de modo que todos los pasajeros quedan cubiertos por el riesgo y pueden compartir la tarea de conducir.

[11] Tanto a servicios integrados en la propia plataforma —facilidades de pago, herramientas de revisión o clasificación, sistemas de verificación e identificación— como servicios complementarios ofrecidos por los operadores proveedores de bienes o servicios tales como seguros para la cobertura de riesgos, servicios postventa, o servicios de transporte de la mercancías, entre otros.

[12] V. gr. *Uber*.

[13] V. gr. Google Analytics (herramienta de analítica que le permite identificar lo que sucede con el tráfico que dirige a un sitio web o blog), TweetGrader.com y Klout.com (para medir influencia), Mention.net (herramienta de monitoreo), Whostalkin.co, (para monitorear las menciones en Internet), RollowerWonk.com (de estadísticas y búsqueda en Redes Sociales), Likealyzer.com (para visualizar estadísticas).

[14] Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. OJ L 376, 27.12.2006, 36-68.

[15] Así, por señalar algunos, Asunto *Johann Gruber vs Bay Wa AG*, de 20 de enero de 2005, C-464/01, del TJCE 2005, 24; Asunto *Patrice di Pinto* de 14 de marzo de 1991, (TJCE 1991, 155); Asunto *Bayerische Hypotheken-und Wechselbank AG vs Edgar Dietzinger, de* 17 de marzo de 1998, C-361/89 del TJCE 1998, 52; Asunto *Francesco Benincasa vs Dentalkit Srl*, de 3 de julio de 1997, C-269/95, TJCE 1997, 142; Asunto *Annelore Hamilton vs Volksbank Filder eG, de* 10 abril 2008, TJCE 2008, 78; Asunto *Elisabeth Schulte vs Deutsche Bausparkasse Badenia AG, de* 25 octubre 2005, C-350/03, TJCE 2005, 312. Y el más reciente Asunto HoraOvidiu Costea vs SC Volksbank România SA, de 3 septiembre 2015, C-110/14, en el que se discute si el Sr. Costea, abogado ejerciente que celebra un contrato de crédito con Volksbank tiene la condición de prestatario consumidor y puede en consecuencia declararse el carácter abusivo de una cláusula contractual. El tribunal falla 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» cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Mayores desarrollos en VILALTA, A. E. (2012), *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, Thomson Reuter Aranzadi

[16] Véase el citado caso *Costea vs Volksbank* (C110/14). En ella el TJUE añade que si bien un contrato de garantía o de fianza es accesorio respecto al crédito principal, desde el punto de vista de los sujetos es un contrato distinto y en consecuencia la calidad en la que las mismas actuaron debe apreciarse con respecto al concreto contrato y la normativa de consumo puede aplicarse cuando ese sujeto actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la sociedad a la que garantiza. Esta tendencia explica también la más reciente jurisprudencia menor en nuestro país (por todas, Auto de la Sección Primera de la AP de Pontevedra de 6 de abril de 2016).

[17] Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n o 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

[18] Reglamento (UE) 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

[19] Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

[20] Directiva 2006/123/CE, de Servicios.

[21] Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio elec-

trónico), Diario Oficial núm. L 178 de 17/07/2000 1-16. —en España, la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico (LSSI), siempre que no modifiquen la información del proveedor, cumplen con las condiciones de acceso a la información y normas relativas a su actualización, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector y no interfieren en la utilización lícita de tecnología con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información estas relaciones jurídicas

[22] Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, OJ L 376, 27.12.2006, 36-68. —en España, su transposición mediante Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM).

[23] Estudio *Los Consumidores Europeos en modo alternativo*, Observatorio Cetelem, 2013.

[24] Artículo 2, letra a) y Y el considerando 18 de la citada Directiva de Comercio electrónico.

[25] Asunto *Tobias Mc Fadden vs Sony Music Entertainment Germany GmbH*, de 15 de septiembre de 2016, C-484/14.

[26] En el Asunto *Vanderborght*, de 4 de mayo de 2017, C-339/15, apartado 39 se expresa que la publicidad que es objeto de la prohibición nacional constituye una práctica comercial en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva 2005/29, sobre prácticas comerciales desleales. El Sr. Vanderborght ejercía la profesión de odontólogo autorizado en Opwijk (Bélgica). Se incoaron estas diligencias en su contra por haber efectuado, supuestamente, publicidad de prestaciones de tratamientos dentales contraviniendo el Derecho belga. Véase Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo

[27] En este sentido, en particular, Asunto *Peter Jägerskiöld vs Torolf Gustafsson,* de 21 de octubre de 1999, C-97/98; Asunto Mary Carpenter vs Secretary of State for the Home Department, de 11 de julio de 2002, C-60/00. V también Asunto *Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató kft y otros vs Magyar Állam,* de 11 de junio de 2015, C-98/14.

[28] Asunto *Ker-Optika bt vs ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézete*, de 2 de diciembre de 2010, C-108/09; Asunto *Valev Visnapuu vs Kihlakunnansyyttäjä y Suomen valtio - Tullihallitus*, de 12 de noviembre de 2015, C-198/14.

[29] Asunto *Asociación Profesional Élite Taxi vs Uber Systems Spain, S.L,* C-434/15.

[30] Asunto *Uber France SAS*, de C-320/16.

[31] El Abogado General propone al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona del siguiente modo: «1) El artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/3/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), en relación con el artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva y con el artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, en su versión modificada por la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998, debe interpretarse en el sentido de que un servicio consistente en conectar, mediante un software para teléfonos móviles, a pasajeros potenciales y a conductores que proponen prestaciones de transporte urbano individual a petición de aquellos, en una situación en la que el prestador de dicho servicio ejerce un control sobre las modalidades esenciales de las prestaciones de transportes llevadas a cabo en dicho marco, en particular sobre su precio, no es un servicio de la sociedad de la información en el sentido de dichas disposiciones. 2) El artículo 58 TFUE, apartado 1, y el artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de

12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, deben interpretarse en el sentido de que el servicio descrito en el punto anterior constituye un servicio de transporte en el sentido de estas disposiciones».

[32] En el asunto Uber, la actividad de esta compañía engloba un servicio único complejo de conexión entre pasajeros y conductores (aplicación Smartphone) y la prestación de transporte en sí misma, que constituye, desde un punto de vista económico, el elemento principal. Por lo tanto no son independientes y tampoco puede clasificarse como servicio de la sociedad de la información sino que debiera calificarse de «servicio en el ámbito del transporte».

[33] La transparencia en la fijación de precios, lo fija la plataforma (no el conductor), de modo que afecta al servicio prestado electrónicamente (intermediación) y pertenece al ámbito de la protección de los consumidores y este aspecto. A pesar de ello, a juicio del Abogado General existen medios menos restrictivos que el requisito de autorización para la actividad de intermediación que podrían garantizar esta transparencia, como la obligación de informar al pasajero. Por tanto, un requisito de autorización no cumpliría el principio de proporcionalidad.

[34] En cualquier caso, estos contratos de tinte asociativo no pueden ser asimilados a la sociedad —contrato asociativo por excelencia— habida cuenta que no conforman una personalidad jurídica nueva, las partes contratantes son exclusivamente dos, no llevan a cabo aportaciones que constituyan un acervo común —cada una de ellas se obliga a determinadas prestaciones— mantienen ambas intereses propios no necesariamente coincidentes, y conservan siempre un cierto grado de mutua tensión, especialmente una vez obtenido el fin común perseguido. No responden a los clásicos esquemas conmutativos o de cambio, entre otros motivos por la carencia de una equivalencia objetiva en las contraprestaciones, por la falta de una verdadera contraposición de intereses en juego y por la efectiva coparticipación en el riesgo de la actividad de ambos.

[35] El contrato de integración es una modalidad contractual solo tipificada en nuestro país con relación a la actividad ganadera en Cataluña a través de los contratos de integración vertical ganadera de la Ley 2/2005, de 4 de abril, de Contratos de integración. En Italia responde a los caracteres propios del contrato de *appalto*.

[36] En efecto, el grado de responsabilidad atribuible a una de las partes es el que se desprende del contrato sellado, que podrá en su caso quedar atemperado de manera general cuando se estime la concurrencia de alguno de los siguientes factores: a) La atenuación o exoneración de responsabilidad convenida en el mismo contrato. b) La asunción convencional de determinadas obligaciones y riesgos por el mismo perjudicado.

[37] Este régimen de responsabilidad solidaria ya existe en determinados ámbitos como el de sanidad animal, el de productos defectuosos, etc.

[38] Véase sobre la naturaleza y funciones de estos, VILALTA NICUESA, A.E. (2018) *Los sistemas reputacionales como mecanismos de compulsión privada,* Ed. Civitas, cap. 16, en prensa.

[39] Véase VAUGHAN, R. y DAVERIO, R. (2016) «Assessing the size and presence of the collaborative economy in Europe». PWC, abril, [En línea] Disponible en: file:///C:/Users/Aura/Downloads/Analytical%20paper%20on%20the%20economic%20scale%20and%20growth%20of%20the%20collaborative%20economy.pdf, [fecha de última consulta: 23 de agosto de 2017].

[40] Boletín Oficial Belga de 4 de julio de 2016, artículos 22, 23, 35, 43.

[41] Real Decreto 38 de 27 de julio de 1967.

[42] Véase gr. UberX y se ha prohibido el servicio UberPop en Bruselas.

[43] Ley núm. 1321 de 7 de octubre de 2016 para una República digital. Publicada en el Boletín Oficial de 8 de octubre del mismo año.

[44] Ley núm. 2014-366, 24 de marzo de 2014.

[45] Véase *Informe Terrasse*, de la Comisión del Senado.

[46] Acto de la Cámara núm. 3564 — Propuesta de ley sobre Disciplina de las plataformas digitales para compartir bienes y servicios así como disposiciones para la promoción de la economía compartida. Disponible en: http://www.makingspeechestalk.com/ch/comment_sea/?id_speech=45

[47] *Libro Verde de las Plataformas Digitales*. Ministerio Federal de Asuntos económicos, 2016. Disponible en: https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/green-paper-digital-platforms.pdf?__blob=publicationFile&v=4, [fecha de última consulta: 23 de agosto de 2017].

[48] *Promoting the sharing economy in London Policy on short-term use of residential property in London*. Department for Communities and Local Government. [En línea] Disponible enhttps://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/402411/Promoting_the_sharing_economy_in_London.pdf, [fecha de última consulta: 23 de agosto de 2017].

[49] En Madrid, un Auto del Juzgado Mercantil núm. 2 de 9 de diciembre de 2014 estimó la solicitud medidas cautelares de la «Asociación Madrileña del Taxi» consistente en el cese de la actividad de Uber que ahora sigue operando en la modalidad de vehículos con conductor (VTC).

[50] Véase Asunto Asociación Profesional Élite taxi *vs* Uber Systems Spain, S.L., de 20 de diciembre de 2017, C-434-15.

[51] Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.

[52] Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid. BOCM núm. 180 de 31 de julio de 2014.

[53] 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. BOJA número 28 de 11 de febrero de 2016.

[54] Ley 8/2012, de 19 de julio del turismo de las Illes Balears. BOIB núm. 106 de 21 de julio de 2012 y BOE núm. 189 de 8 de agosto de 2012.

[55] Decreto 92/2009, de 3 de julio, del Consejo, por el que aprueba el Reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas apartamentos, villas, chalés, bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana. DOCV núm. 6051 de 7 de julio de 2009.

[56] 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. Boletín Oficial de Aragón núm. 90, de 14 de mayo de 2015.

[57] Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias. BOIC núm. 101 de 28 de mayo de 2015.

[58] Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo. BOPV núm. 152, de fecha 11 de agosto de 2016.

[59] DOGC núm. 3926 de 16 de julio de 2003.

[60] DOGC núm. 3669 de 3 de julio de 2002 y DOGC núm. 6268 de 5 de diciembre de 2012, respectivamente.

[61] Debe mencionarse que la redacción anterior al 28 de marzo de 2017 la definición incluía el requisito de la reiteración en la cesión, aspecto que ha sido derogado por Disposición Derogatoria 1 de la Ley de Cataluña 5/2017, 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radio-tóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono (DOGC de 30 de marzo de 2017).

[62] Ref. núm. OB 20/2015 - Suspensión licencias de alojamientos turísticos en Barcelona. XP/AC/SG. Disponible en: http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/ATI-38-2015_-suspension-licencia_BCN_WEB_-version-CAST.pdf

[63] Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa, de marzo de 2016, [En línea] disponible en: https://docs.google.com/document/d/1n65MjUaTmRLuZCqTIlqyWvobVqreR-iAzsz1mhxy2y0/edit?pref=2&pli=1, [fecha de última consulta: 23 de agosto de 2017].

[64] En particular, cualquier restricción que suponga la imposición de un *numerus clausus* a la oferta, la restricción en el ámbito territorial de las licencias, el establecimiento de cuantías desproporcionadas en las coberturas de los seguros obligatorios y la obligación de disponer

de un número mínimo de vehículos para poder realizar la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor (VTC). Expresa asimismo la conveniencia de eliminar las restricciones injustificadas, los requisitos de calidad y seguridad innecesarios o desproporcionados, los horarios obligatorios, la limitación del número de licencias por persona, la prohibición de conductores distintos al titular de la licencia, la autorización administrativa por vehículo para la realización de la actividad de VTC, las tarifas reguladas y otras restricciones que eliminan la competencia.

[65] V. gr., número de días de pernoctación, establecimiento de restricciones en determinadas zonas predeterminadas administrativamente, la prohibición del alquiler temporal por estancias de las viviendas de uso turístico, permitiendo exclusivamente la cesión de la vivienda completa, la prohibición de utilizar la vivienda de residencia como una vivienda también para alquiler temporal, la obligación de disponer de un plano de la vivienda, visado por el colegio profesional correspondiente, el establecimiento en general de costes administrativos para los propietarios y encarece la actividad, la necesidad de contar con la conformidad explícita de la comunidad de propietarios para poder alquilar una vivienda de uso turístico. Y se entiende que la exigencia de publicación del número de registro en la publicidad que se realice del alojamiento, por su carácter no voluntario es indicio de que en realidad supone una autorización habilitante del inicio de la actividad y no un mero registro informativo.

[66] Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (Dictamen de iniciativa). (2014/C 177/01), disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52013IE2788.

[67] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions a European Agenda for the Collaborative Economy {SWD(2016) 184 final}. Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final. [En línea] https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-356-EN-F1-1.PDF, [fecha de última consulta: 23 de agosto de 2017].

[68] Retos y oportunidades para Europa. SWD 2016, 172 final. Bruselas, a 25 de mayo de 2016. COM (2016) 288 final. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288&from=EN, [fecha de última consulta: 23 de agosto de 2017].

[69] Contenido del proyecto [En línea] disponible en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/CJ18/PR/2017/03-20/1117843ES.pdf, [fecha de última consulta: 23 de agosto de 2017].

[70] Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), L 178/1.

[71] Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, L 281/31.

[72] Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, L 376/36.

[73] Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, L 304/64.

[74] Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, L 299/9.

[75] Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, L 229/35.

[76] Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, L 255/22.

[77] Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo). 18 de agosto de 2013. Diario Oficial de la Unión Europea L 165/63.

[78] Reglamento (UE) 524/2013 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

[79] Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en lo sucesivo, «Directiva Servicios») y los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

[80] Véase asunto *Hans-Dieter Jundt y Hedwig Jundt vs Finanzamt Offenburg*, de 18 de diciembre de 2007 (C-281/06) donde se expresa que el factor decisivo que hace que una actividad entre las de libre prestación de servicios es su carácter económico, a saber, que la actividad no debe ejercerse sin contrapartida. En cambio, no es necesario que el prestador persiga el objetivo de obtener un beneficio. Asimismo, Asunto *Smits vs Peerbooms*, de 12 de julio de 2001, C-157/99, por la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que el artículo 60 del Tratado no exige que el servicio (en el caso enjuiciado, médico) sea pagado por sus beneficiarios (con precedentes en asunto *Bond van Adverteerders* vs *Estado Neerlandés*, de 26 de abril de 1988 C-352/85, entre otros) y que la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que esta constituye la contrapartida económica de la prestación controvertida.

[81] La Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, no a normas de tráfico rodado, de ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada.

[82] Dicha Directiva de Servicios declara sin embargo excluidos expresamente los servicios y redes de comunicaciones electrónicos, así como a los recursos y servicios asociados, los servicios de transporte, incluido el transporte urbano, los taxis y ambulancias, así como los servicios portuarios, los servicios sanitarios y farmacéuticos, las actividades de juego por dinero, los servicios audiovisuales, los servicios sociales en los ámbitos de la vivienda, la atención a los niños y el apoyo a familias, la financiación de los servicios sociales, o actividades de deporte aficionado no lucrativo, por poner algunos ejemplos.

[83] La comunicación de la Comisión pone como ejemplo la prohibición de alquiler a corto plazo de apartamentos, difícil de justificar cuando el uso a corto plazo del alquiler de propiedades puede limitarse, por ejemplo, a un número máximo de días al año.

[84] Es prestador de servicio a tenor de la Directiva de servicios cualquier persona física o jurídica que ofrece una actividad económica por cuenta propia a cambio de una retribución.

[85] Algunos Estados miembros vinculan la profesionalidad al hecho de que los servicios se presten a cambio de la remuneración, frente a los servicios que tienen por objeto compensar los costes incurridos por el proveedor de servicios. Otros han introducido una diferenciación mediante umbrales, de modo que a partir de un determinado nivel de ingresos generados o la regularidad con que se presta el servicio. Otros, en el sector del alquiler vacacional, hacen dependerlo de si la vivienda constituye primera residencia o no.

[86] Ofrecer mecanismos de calificación o revisión de los usuarios no es en sí mismo prueba de influencia o control significativo, aunque cierto es que la mayoría de los usuarios seleccionan a los proveedores de los servicios mediante la verificación y gestión directa de la calidad de dichos servicios.

[87] Alojamiento puede entenderse ampliamente como la actividad de tratar el almacenamiento de datos de los clientes y proporcionar el lugar donde los usuarios se encuentran con los proveedores de los servicios.

[88] En los asuntos acumulados *Google France SARL y Google Inc. vs Louis Vuitton Malletier SA, de 23 de marzo de 2010* (C-236/08 a C-238/08). El Tribunal expresa que no puede estimarse que el prestador del servicio remunerado *Adwords* de remisión a sitios web presta un mero servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio en el sentido del artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico. La muestra de anuncios por Google mediante *AdWords* es producto de su relación con los anunciantes. *AdWords* no es un vehículo de información neutral porque Google tiene un interés directo en que los usuarios de Internet pulsen en los enlaces de los anuncios en contraposición a los resultados naturales presentados por el motor de búsqueda, producto de algoritmos automáticos que aplican criterios objetivos para presentar sitios web. Cabe admitir que Google tiene un interés —incluso un interés pecuniario— en mostrar los sitios web más pertinentes para el usuario de Internet. Sin embargo, no tiene interés en llamar la atención del usuario de Internet sobre un sitio web específico.

[89] El documento de trabajo de los servicios de la Comisión «Servicios en línea, incluido el comercio electrónico, en el mercado único», SEC (2011) 1641 final, contiene un amplio panorama del régimen de responsabilidad intermedia.

[90] La Directiva 2011/83/EU, sobre los derechos de los consumidores y la Directiva 93/13/EEC sobre cláusulas abusivas en los contratos concluidos con consumidores.

[91] La legislación laboral de la UE incluye Directivas que regulan: los límites del tiempo de trabajo, vacaciones, descansos diario y semanal, protección en caso de trabajo nocturno, información sobre las condiciones de trabajo individuales, los derechos de los trabajadores desplazados, la prohibición de discriminación de los trabajadores con formas atípicas de empleo, la protección en caso de insolvencia del empleador y la protección contra la discriminación por motivos protegidos como el sexo, el origen étnico o la orientación sexual, protección en caso de despido colectivo, transferencia de empresas o fusiones transfronterizas, principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores en el lugar de trabajo.

[92] La existencia de subordinación no depende necesariamente del ejercicio efectivo de la gestión o la supervisión de manera continuada.

[93] El prestador del servicio debe llevar a cabo una actividad de valor económico, que sea real y efectiva, y a una escala que no sea pequeña o marginal o accesoria.

[94] Cuando la plataforma colaborativa solo tramita el pago depositado por un usuario y lo pasa al prestador del servicio subyacente, esto no implica que la plataforma colaborativa está determinando la remuneración. Cuando el prestador no recibe una remuneración o recibe simplemente una compensación por los costes realizados para sus actividades, el criterio de la remuneración no se cumple.

[95] La escasez de horas de trabajo, el trabajo discontinuo o la baja productividad no pueden excluir por sí mismos una relación de empleo.

[96] *Retos y oportunidades para Europa*, SWD 2016, 172 final. Bruselas, 25 de mayo de 2016. COM (2016) 288 final. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288&from=EN, [fecha de última consulta: 23 de agosto de 2017].

[97] Véase el Informe de síntesis de la consulta pública sobre las plataformas en línea.

[98] Solo el 22% de los ciudadanos europeos tiene plena confianza en los motores de búsqueda o en las redes. Véase a este respecto el Eurobarómetro Especial 359: *Actitudes frente a la protección de datos y la identidad electrónica en la Unión Europea*. La existencia de un alto nivel de confianza es también esencial para una economía basada en los datos. Véase en este sentido la Comunicación de la Comisión Europea *Hacia una economía de los datos próspera* [COM(2014) 442 final].

[99] En la actualidad, las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE y, una vez que sea aplicable, el Reglamento general de protección de datos. Este Reglamento fue adoptado en abril de

2016 por el Consejo y el Parlamento, junto con la Directiva relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales.

[100] Contenido del proyecto [En línea] disponible en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/CJ18/PR/2017/03-20/1117843ES.pdf, [fecha de última consulta: 23 de agosto de 2017].

[101] V. gr. de comercio electrónico, medios de comunicación, motores de búsqueda, distribución de contenidos culturales, economía colaborativa, o redes sociales.

[102] Desarrollado por los profesores Christoph BUSCH (Osnabrück), Gerhard DANNEMANN (Berlín), Hans SCHULTE-NÖLKE (Osnabrück / Nijmegen), Aneta WIEWIOROWSKA-DOMAGALSKA (Osnabrück) y Fryderyk ZOLL (Cracovia / Osnabrück). [En línea] Disponible en: https://www.elsi.uni-osnabrueck.de/projekte/model_rules_on_online_intermediary_platforms.html, [fecha de última consulta: 23 de agosto de 2017].

[103] Véase BUSCH, C. *et alii* (2016) «Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms», *EuCML,* núm. 4, 165.

[104] Son criterios establecidos por la Unión europea para los sistemas de control de seguridad de los productos.

[105] Al respecto, BUSCH *et al*., *op. cit*., 165.

[106] En este sentido también, CAUFFMAN, C. y SMITS, J. (2016), The Sharing Economy and the Law. Food for European Lawyers, 23*, MJ* 6, 906.

[107] Asunto *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) vs Netlog NV*, C360/10, de 16 de febrero de 2012, ECLI:EU:C:2012:85. Asimismo, sentencia anterior en Asunto *Scarlet Extended SA vs Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM),* C70/10, de 24 de noviembre de 2011.

[108] Véase Asunto CIBA Speciality Chemicals Central and Eastern Europe Szolgáltató, Tanácsadó és Keresdedelmi kft vs Adó- és Pénzügyi Ellenőrzési Hivatal (APEH) Hatósági Főosztály, C-96/08; por el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estima que una medida restrictiva de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado solo puede admitirse si está justificada por razones imperiosas de interés general y en tal caso, también es necesario que la aplicación de una medida de estas características sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no exceda de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo. En este sentido también asunto *Renneberg vs Staatssecretaris van Financiën,* de 16 de octubre de 2008, C527/06, epígrafe 81.

[109] A saber, (i) la nacionalidad, (ii) residir en el territorio nacional para el prestador; (iii) en prohibición de estar establecido en varios Estados miembros o de estar inscrito en los registros o colegios o asociaciones profesionales de varios Estados miembros, (iv) o limitaciones de la libertad del prestador para elegir entre un establecimiento principal o secundario y, especialmente, la obligación de que el prestador tenga su establecimiento principal en el territorio nacional, (v) o limitaciones de la libertad de elección entre establecimiento en forma de agencia, de sucursal o de filial; (vi) o condiciones de reciprocidad con el Estado miembro en el que el prestador tenga ya su establecimiento (vii) o pruebas económicas caso por caso consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado; (viii) o que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad; (ix) o que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente; (x) u obligación de constituir aval financiero, de participar en él o de suscribir un seguro con un prestador u organismo establecido en el territorio nacional; (xi) o bien obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un periodo determinado en los registros existentes en el territorio nacional o de haber ejercido previamente la actividad durante un periodo determinado en dicho territorio. (xii) o prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional; (xiii) o requisitos que obliguen a tener un número mínimo de empleados; (xiv) o tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el pres-

tador debe respetar; (xv) o bien obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos.

[110] *Bernard Keck vs Daniel Mithouard*, de 24 de noviembre de 1993, asuntos acumulados C-267/91 y C-268/9.

[111] Asunto *Rewe-Zentral AG vs Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, de 20 de febrero de 1979, C. 120/78.

[112] Asunto *Dassonville*, de 11 de julio de 1974, C. 8/74.

[113] Asunto *Ker-Optika bt vs ÀNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézete*, de 2 de diciembre de 2010, C-108/09.

[114] El objetivo de garantizar la protección de la salud de los usuarios —en el caso de autos, de lentes de contacto- puede alcanzarse mediante medidas menos restrictivas que las que resultan de la normativa en litigio —por ejemplo sometiéndola a determinadas restricciones únicamente a la primera entrega de lentes de contacto y en obligar a los operadores económicos interesados a poner un óptico cualificado a disposición del cliente—.

[115] Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Diario Oficial núm. L 178 de 17/07/2000 0001-0016.

(Trabajo recibido el 29-8-2017 y aceptado para su publicación el 4-10-2017)

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 7-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro de la Propiedad de Cervera

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO INSCRIBIBLE.

Como es sabido, y así ha tenido consideración de pronunciarse al respecto este Centro Directivo, el convenio regulador como negocio jurídico —tanto en su vertiente material como formal— propio y específico, goza de una aptitud privilegiada a los efectos de permitir su acceso a los libros del Registro. Si bien no deja de ser un acuerdo privado, la preceptiva aprobación judicial del mismo y el reconocimiento que se le confiere en los artículos 90 y siguientes del Código Civil, establecen un marco válido para producir asientos registrales definitivos, siempre que las cláusulas del mismo no excedan de su contenido típico y normal, como pudiera predicarse de la liquidación del régimen económico matrimonial. En otro sentido, la mera homologación judicial de un acuerdo privado relativo a un proceso, que iniciado por demanda, acaba en acuerdo transaccional no puede ni debe tener acceso al Registro, tal y como ha consolidado este Centro Directivo en su doctrina más reciente y reiterada, debiendo ser objeto de elevación a escritura pública notarial si se pretende su incorporación a los libros del Registro. 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 (cfr. resolución de 9 de diciembre de 2010). La protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición,

viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este criterio, además, es compartido unánimemente por la doctrina, para quienes la referencia a la sentencia firme contenida en el artículo 14 de la LH se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición. En efecto, el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante decreto del secretario judicial, hoy letrado de la Administración de Justicia, pero en cualquier caso ordenando protocolizarlas. Este último supuesto es el que ocurre en este expediente, por lo que no cabe sino confirmar el defecto señalado en la nota de calificación.

Resolución de 7-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 11

SEGREGACIÓN: INSCRIPCIÓN DE UN TÍTULO REZAGADO CUANDO YA LA FINCA ESTÁ INSCRITA A FAVOR DE TERCERO.

El artículo 20 de la LH recoge el principio de tracto sucesivo, uno de los principios fundamentales de nuestro sistema hipotecario que exige que en el Registro figuren todas las transmisiones realizadas, sin ruptura de la cadena de transmisiones y cuya aplicación ha sido reiterada por este Centro Directivo en numerosas resoluciones. Este principio está íntimamente relacionado con el principio de legitimación recogido en el artículo 38 de la LH. Asimismo el principio de prioridad, se consagra en el artículo 17 de la LH. Pues bien, en el supuesto del presente recurso estos principios son vulnerados ya que la escritura de segregación y venta cuya inscripción se pretende aparece otorgada por persona distinta del actual titular registral. Asimismo, no aparece reservada superficie alguna, conforme al artículo 47 «in fine» del RH, para el acceso al Registro de la escritura ahora presentada. En este sentido conviene tener en cuenta la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de mayo de 1944 que exige para inscribir una segregación faltando superficie en la matriz, que se proceda previamente a inscribir el exceso de cabida respecto de esta última, inscripción que requiere en todo caso el consentimiento del titular de dicha finca. Lo que no es posible en ningún caso es proceder a la inscripción de un título de segregación y venta cuando el propietario que segregó determinó el resto y lo transmitió a tercero sin dejar superficie pendiente de segregar. Esta Dirección General con anterioridad se ha pronunciado (*vid.* resolución de 12 de febrero de 2016) sobre cuál haya de ser el régimen aplicable a los supuestos de segregación, división, agrupación o agregación cuando el asiento de presentación se practique tras la entrada en vigor, el día 1 de noviembre de 2015, de la reforma de la LH operada por la Ley 13/2015. En este punto cabe recordar que es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la segregación o división (*vid.* resoluciones de 23 de julio de 2012 y 2 de abril de 2014), son actos jurídicos de carácter estrictamente registral y, por tanto, y precisamente por tal carácter, su inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior. Por tanto, es forzoso concluir que todo documento, cualquiera que sea la fecha de su otorgamiento, en el que se formalice una división o agrupación de finca, incluyendo las subespecies registrales de la segregación y la agregación, y que se presente a inscripción a

partir del 1 de noviembre de 2015, habrá de cumplir con la exigencia legal de aportación preceptiva, para su calificación e inscripción, de la representación georreferenciada con coordenadas de los vértices de las fincas a las que afecte. Como ha señalado este Centro Directivo en las resoluciones de 7 de julio y 2 de septiembre de 2016, debe tenerse en cuenta el supuesto especial que para la constancia registral de la representación gráfica suponen los casos previstos en el artículo 47 del RH, en el que se permite que accedan en diferente momento temporal segregaciones de múltiples porciones, que se han podido formalizar en diversos títulos, como sucede en el presente caso, así como cuando se pretenda la inscripción de negocios realizados sobre el resto de una finca, existiendo pendiente de acceder al Registro otras operaciones de segregación. En tales casos es claro que únicamente deberá aportarse, para su constancia en el folio real, la representación gráfica correspondiente a la porción que es objeto de inscripción en cada momento.

Resolución de 7-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro de la Propiedad de Torrijos

AGRUPACIÓN: REPRESENTACIÓN GRÁFICA GEORREFERENCIADA. OBRA NUEVA: IDENTIFICACIÓN PORCIÓN DE SUELO OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN.

El artículo 9 de la LH en su redacción otorgada por la Ley 13/2015 configura la incorporación de la representación gráfica con carácter preceptivo siempre que se «inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices». La falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 supone que con carácter general no será necesaria la tramitación previa de este procedimiento, sin perjuicio de efectuar las notificaciones previstas en el artículo 9, letra b), párrafo séptimo, una vez practicada la inscripción correspondiente. Se exceptúan aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10% o alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral (cfr. art. 9, letra b), párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento o del previsto en el artículo 201 para preservar eventuales derechos de colindantes que pudieran resultar afectados. No debe olvidarse que la citada 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 también establece en el párrafo tercero de su apartado octavo que: «Cuando la coordinación se produzca entre una finca registral y varias parcelas catastrales por corresponderse con el perímetro de todas ellas, en el folio real y en la publicidad registral se hará constar dicho extremo así como las referencias catastrales de los inmuebles y la representación gráfica de cada una de las parcelas catastrales con cuyo conjunto se corresponde la finca. En la base de datos catastral y en las certificaciones catastrales que se expidan de cada uno de los inmuebles se expresará que se encuentran coordinados, junto

con otros, con la finca registral expresando su código identificador». Por ello, ningún obstáculo debe haber para inscribir la agrupación recogida en la escritura calificada, inscribiendo las bases gráficas catastrales de las dos parcelas que se agrupan. Para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Además, dado que se trata de una exigencia legal referida a la concordancia del Registro con la realidad física extrarregistral de la finca (cfr. art. 198 de la LH), solo será exigible en los casos en que la edificación se encuentre finalizada, momento en el que podrán determinarse efectivamente las coordenadas de la porción ocupada por la misma en dicha realidad extrarregistral.

Resolución de 7-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 7

PRINCIPIO DE PRIORIDAD: CIERRE DEL REGISTRO PARA TÍTULOS CONTRADICTORIOS.

Como cuestión procedimental previa, respecto a las notas de suspensión de calificación, ya ha señalado este Centro Directivo que son decisiones del registrador acerca del destino del título que se presenta a inscripción, por lo que un mero principio de proscripción de la indefensión obliga a que estos actos puedan ser objeto de revisión. Entrando en el fondo del recurso, como ha señalado este Centro Directivo (*vid.* resoluciones citadas en los «Vistos»), estando vigentes asientos de presentación anteriores, lo procedente es aplazar o suspender la calificación del documento presentado posteriormente mientras no se despachen los títulos previamente presentados. Ahora bien esta suspensión afecta a títulos contradictorios o conexos, anteriores o posteriores. En el supuesto de este expediente, el documento cuya calificación se ha recurrido es un mandamiento ordenando extender anotación preventiva de embargo sobre la finca registral 4594, y el documento presentado con posterioridad a la interposición del recurso es un mandamiento ordenando la prórroga de una anotación de embargo previa ya practicada sobre la misma. No se trata de documentos conexos, ya que no guardan relación entre ellos ni tienen una vinculación que haga necesario su despacho simultáneo o sucesivo, ni tampoco de documentos contradictorios.

Resolución de 7-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 2

LIMITACIONES IMPUESTAS POR LA LEGISLACIÓN FISCAL: ALCANCE.

Conforme a la Ley 8/2013, de 21 de noviembre, de Medidas Tributarias de Castilla-La Mancha transmisiones de bienes o derechos no consistentes en dinero o signo que lo represente, los bienes y derechos donados no podrán ser objeto de transmisión y deberán mantenerse en el patrimonio del adquirente durante los

cinco años siguientes a la fecha de devengo del impuesto. Cuando se incumpla el requisito de permanencia establecido en el apartado b) anterior, los sujetos pasivos quedarán obligados a pagar el impuesto dejado de ingresar junto a los correspondientes intereses de demora y a presentar las autoliquidaciones complementarias procedentes. En el caso de este expediente, no resulta de aplicación la reiterada doctrina civil y fiscal aplicable a la extinción de comunidad invocada por la recurrente, ya que lo que resulta decisivo en este caso no es la naturaleza traslativa o meramente declarativa que corresponda a la extinción de condominio, sino el hecho de que la adjudicataria como consecuencia de la extinción es ajena a la donación previa de una cuarta parte de la finca, de la que no era titular, que originó la liquidación y por lo tanto no reúne los requisitos que determinaron la aplicación de la bonificación. Dicho de otro modo, la participación de la finca objeto de donación pasa al patrimonio de una tercera persona distinta al beneficiario de aquella, incumpliéndose el requisito de permanencia y surgiendo por tanto la obligación del pago del impuesto bonificado. La legislación tributaria señala que los titulares de los registros públicos correspondientes lo harán constar por nota marginal de afección. En este caso, la finalidad de la restricción impuesta es impedir un enriquecimiento injustificado de quien, beneficiándose de una bonificación, pretenda obtener plusvalías con la rápida enajenación del bien objeto de la adquisición bonificada. Dicha limitación no tiene efectos jurídicos sobre la disposición posterior, lo que surge es una obligación de pago del impuesto dejado de ingresar junto a los correspondientes intereses de demora desde la fecha del incumplimiento. La transmisión ahora efectuada devengará su propio impuesto y será su pago el que deberá quedar debidamente acreditado para que se proceda a su inscripción conforme a lo dispuesto en el artículo 254 de la LH, lo que en el supuesto de este expediente se ha producido.

Resolución de 8-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

CONVENIO REGULADOR: ÁMBITO.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.* por todas resolución de 9 de marzo de 2013), la calificación registral, tratándose de documentos judiciales, como es la sentencia de aprobación de un convenio regulador, no entra en el fondo de la resolución judicial, ni en la validez del convenio regulador aprobado judicialmente. La determinación de si el convenio regulador aprobado judicialmente constituye o no, y en qué términos, título hábil para la inscripción de los actos realizados en el mismo entra dentro de la calificación registral. Como también tiene declarado esta Dirección General de los Registros y del Notariado (véase, por todas, la resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. arts. 90, 91 y 103 del Código Civil), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida. Precisando más los límites de la citada doctrina, la resolución de 22 de marzo de 2010, reiterando otros pronunciamientos anteriores de este mismo Centro

Directivo, y nuevamente confirmada por la resolución de 11 de abril de 2012, ha señalado que respecto de la sociedad de gananciales, proclamada en nuestro Derecho la posibilidad de transmisión de bienes entre cónyuges por cualquier título (cfr. art. 1323 del Código Civil), nada se opone a que estos, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente puedan intercambiarse bienes privativos. Pero no siempre esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tendrán como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio.

Tratándose de la vivienda familiar adquirida por los cónyuges en estado de solteros por mitad y proindiviso, esta Dirección General ha considerado (cfr. resoluciones de 8 de mayo, 26 de junio, 26 de julio y 29 de septiembre de 2014) la existencia de una causa familiar propia de la solución de la crisis matrimonial objeto del convenio. En el presente caso, en el convenio se incluye un bien adquirido por los consortes, antes de la celebración del matrimonio, inicialmente de carácter privativo, en proindiviso por ambos en estado de solteros. Tratándose de la vivienda familiar, si se hubieran realizado pagos del precio aplazado de la misma con dinero ganancial, la titularidad privativa inicial habrá devenido —«*ex lege*»— con los desembolsos realizados, en el nacimiento de una comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (cfr. arts. 1354 y 1357.2 del Código Civil). Esa situación y la consiguiente extinción de ese condominio, para tener acceso registral, tiene que ser así convenida por las partes (cfr. art. 91.3 RH). También ha admitido este Centro Directivo (*vid.* resolución de 11 de abril de 2012) que respecto de la vivienda familiar de que ambos cónyuges eran cotitulares en virtud de compra anterior al matrimonio, puedan aquellos explicitar ante la autoridad judicial, con carácter previo a la liquidación de gananciales, la voluntad de atribuir carácter ganancial a un bien cuya consideración como integrante del patrimonio conyugal ha sido tenido en cuenta por los cónyuges durante su matrimonio. En el caso presente, de la documentación presentada a calificación, no queda en ningún aspecto acreditada ni meramente manifestada el carácter de vivienda familiar, ni su financiación o la relación de la operación de extinción de comunidad con operación matrimonial o familiar alguna, siendo una adjudicación de un bien adquirido en proindiviso y por partes iguales por dos personas solteras, que después contraen matrimonio y quedan sujetos en su régimen económico matrimonial a la sociedad de gananciales regulada en el Código Civil, y sin que en dicha liquidación intervenga causa hábil alguna en los términos expuestos.

Resolución de 8-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro de la Propiedad de Tavernes de la Valldigna

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA EL TITULAR REGISTRAL. CIRCUNSTANCIAS PERSONALES: NECESIDAD DE QUE CONSTEN EN EL TÍTULO INSCRIBIBLE.

Según ha manifestado reiteradamente esta Dirección General, los documentos aportados con el escrito de recurso no pueden tenerse en cuenta para su resolución por no haber sido presentados al registrador en el momento de la calificación, debiendo resolverse solo a la vista de los documentos que fueron

aportados originariamente en tiempo y forma al solicitar su calificación, conforme al artículo 326 de la LH. Es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha devenir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. arts. 20 y 40 de la LH). Este principio deriva a su vez de la legitimación registral. Por lo tanto es inexcusable la intervención del titular registral en los procedimientos judiciales, y ello con independencia de que se trate de ejecuciones hipotecarias, como dice el recurrente o de otro tipo de procedimientos. Las circunstancias de domicilio y documento de identidad, así como las demás exigidas por el artículo 51,9ª del RH, son por tanto exigibles para llevar a cabo la práctica del nuevo asiento encontrando su fundamento en el más perfecto enlace entre la titularidad publicada hasta ahora y la que va a serlo en el futuro, propiciando así la más perfecta identificación tanto del transmitente del derecho como del adquirente y nuevo titular. En este sentido la indicación los datos que configuren de forma indubitada la identidad de las partes constituyen un elemento especialmente importante, por lo que ha de entenderse que por regla general estos deben ser aportados. Las circunstancias requeridas deben constar en el instrumento público en el que se documente el derecho que deba ser objeto de inscripción, ya que no corresponde al registrador la identificación de los titulares, debiendo producirse esta en el seno del procedimiento judicial. Lo anterior es aplicable a la adjudicataria de la finca, doña L. S. S. Una de las circunstancias esenciales que se han de consignar en la inscripción y que han de resultar con total claridad del título, es la referente a la completa identificación de la persona natural o jurídica a cuyo favor se haya de practicar la inscripción. Por lo que respecta a la constancia del régimen económico-matrimonial, si la persona a favor de quien haya de practicarse la inscripción está casada y la adquisición afecta a su régimen económico-matrimonial, deberá indicar cuál es este.

Resolución de 8-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro de la Propiedad de Getafe, número 1

CONCURSO DE ACREEDORES: ENAJENACIÓN DE BIENES HIPOTECADOS EN FASE DE LIQUIDACIÓN.

El artículo 155 de la Ley Concursal se encuentra en plena armonía con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la misma Ley. En esta fase de liquidación los acreedores a los que se refiere el artículo 57.3 pierden el derecho de hacer efectiva su garantía en procedimiento separado, debiendo incorporarse al proceso de liquidación. Pero estos acreedores siguen gozando de una situación particular. Siguiendo el criterio marcado, entre otras, por las resoluciones de esta Dirección General de 5 de septiembre y 13 de octubre de 2014, 22 de septiembre de 2015 y 16 de marzo de 2016, cabe recordar que, como se expresa en la STS de 23 de julio de 2013 «el plan de liquidación puede prever una forma especial de realización o enajenación de los activos del deudor, alternativa o complementaria a las previstas con carácter general y subsidiario en el artículo 149 LC, pero no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso regulados legalmente, en este caso, en el artículo 155 LC». Aprobado el plan de liquidación, el artículo 155.4 establece los requisitos para la enajenación de los bienes hipotecados. Alega el recurrente que los requisitos establecidos en este artículo cuyo cumplimiento

exige el registrador solo son aplicables supletoriamente, en caso de que no se haya aprobado el plan de liquidación o en lo que no estuviere previsto en el aprobado. Este criterio no puede ser confirmado. Como ha tenido ocasión de poner de relieve este Centro Directivo, las reglas contenidas en la Ley Concursal para la enajenación del bien sobre que recae el derecho real de garantía (arts. 149.2 y 155.4 de la Ley Concursal) tienen carácter imperativo y a ellas necesariamente debe ajustarse el plan de liquidación, reglas imperativas que rigen también en defecto de aprobación del plan de liquidación (*vid.*, por todas, la Resolución de 10 de enero de 2017). Por lo demás, el carácter imperativo de tales normas ha sido confirmado por la citada STS de 23 de julio de 2013 (aunque se pronunciara específicamente sobre el apartado 3 del artículo 155 de la Ley Concursal), se desprende claramente del contenido y posición sistemática del citado artículo.

Resolución de 11-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro de la Propiedad de Santander, número 4

DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO: EFECTO SOBRE LAS CARGAS QUE GRAVAN LA FINCA.

La regulación de la comunidad romana o por cuotas en nuestro Código Civil parte del reconocimiento a cada condueño de la plena disposición sobre su correspondiente cuota. Al mismo tiempo, también se considera la situación de comunidad como una etapa transitoria y se reconoce el derecho de cada cotitular a promover la disolución y la división de la cosa común. Los principios que rigen el condominio y que se han reflejado en el fundamento segundo generan un lógico conflicto entre el adjudicatario de la finca y los acreedores de cada uno de los condueños cuando alguna de las cuotas aparece gravada. Este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre esta cuestión en las resoluciones de 20 de febrero de 2012 y 20 de enero de 2015, en las que sigue la doctrina conformada por nuestro Tribunal Supremo que destaca el carácter que la acción de división reconocida en el artículo 400 a cada uno de los copropietarios es una facultad del derecho de propiedad y se caracteriza por su imperatividad y destaca que el conflicto eventual entre los condóminos y los terceros se soluciona primando la extinción de la situación de condominio y salvaguardando los derechos de terceros (arts. 403 y 405 del Código Civil): los acreedores pueden solicitar medidas cautelares pero no impedir la división. Cuando la carga afecta exclusivamente a una cuota, la división implica registralmente y en aplicación del principio de subrogación real, el arrastre de las cargas que pesaban sobre la cuota, a la finca adjudicada. Cuando la disolución se lleva a cabo mediante subasta judicial hay que diferenciar dos situaciones, que el adquirente sea uno de los condueños, que satisface a los restantes el importe de sus respectivas o que quien adquiera sea un tercero ajeno a la relación de copropiedad. Solo el primero de los casos es un verdadero supuesto de disolución de comunidad, mientras que el segundo es una pura transmisión a un tercero. No obstante esta distinción, desde el punto de vista civil o registral, lo que debe quedar claro es que la posición del acreedor hipotecario, ya recaiga la hipoteca sobre la totalidad de la finca, ya sobre alguna cuota indivisa, está plenamente garantizada. Quien adquiera la finca, uno de los condueños o un tercero, la recibirá gravada con la correspondiente hipoteca. Ningún efecto de purga de las cargas existentes sobre la finca puede implicar el

proceso de disolución de condominio. Para poder extender la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas en un procedimiento de ejecución es necesaria la previa constancia registral del derecho del ejecutante. Así lo dispone el artículo 143 del RH. No procederá la extensión de esta nota si antes no se ha hecho la anotación preventiva del embargo. La misma solución resulta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en el artículo 659.1. En el supuesto de la extinción del condominio no existe una carga o derecho real que grave la finca sino al contrario, como se ha explicado anteriormente, el ejercicio de una facultad inherente a la propia situación de copropiedad. Esto hace evidente, como ya se dijo en la resolución citada, la conveniencia de que conste en el Registro la existencia del procedimiento a fin de evitar que surja un tercero protegido por la fe pública del Registro. Esta constancia se habría producido si se hubiera solicitado y tomado anotación preventiva de demanda de ejercicio de la acción de división. Lo indicado anteriormente no varía como consecuencia de la regulación introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Resulta claro que la nota marginal a que se refieren estos preceptos no es en absoluto equiparable a la que prevé el artículo 656.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trata de una nota que simplemente «producirá el efecto de indicar la situación de venta en subasta del bien o derecho», pero que no tiene efectos de purga y consiguiente cancelación de los derechos que se inscriban con posterioridad a la misma.

Resolución de 11-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro de la Propiedad de San Lorenzo del Escorial, número 3

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

En efecto, es un principio básico en nuestro Derecho hipotecario, reiteradamente recordado por este Centro Directivo que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, artículo 1, párrafo tercero, de la LH. En consecuencia, la rectificación de los mismos exige el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho, o en su defecto, resolución judicial recaída en juicio declarativo. Esta doctrina presenta algunas matizaciones en el supuesto en el que se haya producido un error de los comprendidos en el artículo 212 de la LH respecto de los errores materiales o en artículo 216 que alude al error de concepto. Una segunda matización a la regla general expuesta consiste en la acreditación fehaciente de lo manifestado de forma que permita desvirtuar el contenido del título que motivó la inscripción vigente.

Resolución de 12-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 5

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: RECTIFICACIÓN DEL DNI DEL TITULAR REGISTRAL.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y RH y de las resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro

parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la LH). La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la LH. Ahora bien, esta Dirección General ha declarado en diversas ocasiones (entre otras, las resoluciones de 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 10 de septiembre de 2004, 13 de septiembre de 2005, 19 de junio de 2010 y 29 de febrero de 2012) que cuando la rectificación se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes y auténticos, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, no es necesaria la aplicación del artículo 40.d) de la LH. Desde el punto de vista registral, dadas las importantes presunciones que la Ley atribuye en favor del titular registral, y al objeto de dar debido cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 38, principio de legitimación, y 20, tracto sucesivo, ambos de la LH, el registrador debe calificar, y sin perjuicio de que el notario también deba comprobarlo, que la persona respecto de la cual el notario ha dado fe de conocimiento, es el titular registral y no otra persona con igual nombre y apellidos. En el presente expediente, como se ha puesto de manifiesto en el primer fundamento de Derecho, el DNI que constaba en la escritura, cuya rectificación se pretende, es el 84 (…)N. En el Registro de la Propiedad, dado que al DNI 84(…) no le corresponde la letra «N», sino la «F», el sistema informático cambia de letra y se inscribe con el DNI 84(…)F, que no es el de la escritura. Finalmente, en el acta de manifestaciones, a la que se incorpora testimonio del DNI, resulta que el correcto es el 28(…), es decir, en la escritura se había omitido el inicial guarismo «2», siendo el resto de guarismos y la letra coincidentes, cuyo titular es don C. B. R., coincidente con el titular registral. Es evidente que del documento de identidad que testimonia en el acta de manifestaciones calificada se desprenden los datos necesarios para salvar la discrepancia a la que se refiere la registradora.

Resolución de 12-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro de la Propiedad de Mataró, número 4

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que entre los principios de nuestro Derecho hipotecario es básico el de tracto sucesivo, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la LH). Este principio está íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la LH. En efecto, las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar la denegación de la nota recurrida, toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra el titular registral, sin que pueda alegarse en contra, la limitación del ámbito calificador respecto de los mandamientos judiciales, puesto que el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (art. 24 de la Constitución Española) impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han tenido parte en él ni han intervenido en manera alguna.

Resolución de 13-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro de la Propiedad de Vitoria, número 3

CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS.

En este sentido ha de manifestarse que de conformidad con el artículo 326 de la LH el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador rechazándose cualquier otra pretensión basada en documentos no presentados en tiempo y forma. Como ha reiterado asimismo esta Dirección General, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. El artículo 19 bis de la LH no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido. Por ello, del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso. Es doctrina de esta Dirección General (por todas la resolución de 18 de febrero de 2014) 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. Y, más concretamente, ha señalado esta Dirección General en reiteradas ocasiones, tras la Ley 13/2015 de 24 de junio, que cuando se pretenden inscribir rectificaciones descriptivas, aportando la representación gráfica georreferenciada de la finca, las dudas de identidad de la finca pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. También ha reiterado este Centro Directivo, que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. De la documentación incorporada a la escritura de rectificación que se acompaña al título resulta la antigüedad de la edificación en cuestión, sin que en la nota de calificación se manifieste la falta de correspondencia con la descripción del título que fundamente que aquella no es hábil para justificar tal la antigüedad, lo que es requisito para la inscripción de la declaración de obra nueva de conformidad con el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo. Como tercer defecto entiende la registradora que existe duplicidad en la descripción de la finca agrupada en cuanto al local de 138,81 metros cuadrados en el edificio primero y el trastero-almacén de 142,10 metros cuadrados en el segundo cuerpo de edificios, estimando que se trata de la misma edificación y que estaría bien descrito dentro del primer edificio pero con la superficie del descrito en el segundo cuerpo de edificio, esto es con 142,10 metros cuadrados —según cédula parcelaria—. El defecto debe confirmarse.

Resolución de 13-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar, número 3

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR.

Hay que partir, en primer lugar, del artículo 132.1.º de la LH, que extiende la calificación registral a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que dé lugar el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, entre otros extremos, al siguiente: «Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento». Por su parte, el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que la demanda ejecutiva se dirija «frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes». Y el artículo 686 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil regula el requerimiento de pago estableciendo que «en el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro». La sentencia del Tribunal Constitucional número 79/2013, de 8 de abril, sienta «doctrina sobre la proyección que desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tiene la inscripción registral y su publicidad» en un procedimiento de ejecución hipotecaria y en especial «la cuestión relativa a la constitución de la relación jurídico procesal» en este tipo de procedimientos «en relación con el titular de la finca que ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad». 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.

Resolución de 13-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro de la Propiedad de Corcubión, número 3

CALIFICACIÓN REGISTRAL: CONSULTA DEL REGISTRO MERCANTIL. SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA NO ADAPTADAS A LA LEY 2/1995: EFECTOS.

El registrador se encuentra legitimado para acceder a los datos contenidos en otros Registros cuyo contenido pueda afectar a la legalidad del negocio cuya inscripción se pretende. Esta información debe ser accesible para el registrador en la medida que actúe en ejercicio de su competencia por estar sujeta a publicidad oficial que al tiempo le dota de cogniscibilidad. El acceso al contenido de otros Registros constituye, en determinados casos, no solo una potestad sino una obligación. En consecuencia, consultado el Registro Mercantil correspondiente a la sociedad vendedora y puesto de manifiesto que la sociedad no está adaptada

a la ley de 23 de marzo de 1995, la actuación de la registradora de la propiedad fue conforme a Derecho al actuar en el ejercicio de su cargo y en el ámbito de la cuestión sujeta a su consideración. Cuestión distinta son las consecuencias que de tal circunstancia se derivan. De la nota de calificación resulta que el único motivo de suspensión es la falta de justificación de la adaptación de la sociedad a la ley de 1995 así como de su inscripción en el Registro Mercantil. Tal y como está formulada la nota de calificación, esta Dirección General no puede respaldar su contenido. De la simple lectura de las disposiciones alegadas (disposición transitoria 2.ª de la Ley 2/1995, de 23 de marzo) en la nota de calificación resulta, con absoluta claridad, que la falta de adaptación de las sociedades de responsabilidad limitada preexistentes a la reforma de 1995 no produce otro efecto que el cierre registral en el Registro Mercantil una vez transcurrido el plazo previsto. La registradora pone de relieve en su informe que el cargo del administrador compareciente está caducado según el contenido del Registro Mercantil, pero dicha circunstancia no resulta de su nota.

Resolución de 14-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro de la Propiedad de Sant Mateu

LEGITIMARIOS: PRUEBA DEL FALLECIMIENTO DE LOS LEGITIMARIOS DEL TESTADOR.

Respecto a la cuestión de la existencia de legitimarios y su mención o no en el testamento, cabe recordar que, como ya ha declarado reiteradamente el Centro Directivo (cfr. resolución de 21 de noviembre de 2014), la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello. No puede ser estimada la exigencia de que debe acreditarse la inexistencia de otros descendientes a los designados en el testamento, ni tampoco la del fallecimiento de los padres del causante que lo estaban al otorgamiento de su testamento cuando en el mismo así se ha manifestado, toda vez que ello conduciría a la ineficacia de todo testamento como título sucesorio si no va acompañado de un acta acreditativa de la inexistencia de otros herederos que los nombrados en el propio testamento, consecuencia esta que aparece contradicha en la propia regulación legal. Otra cosa sería en el supuesto de que el fallecimiento de los padres del testador se hubiera producido con posterioridad al otorgamiento del testamento.

Resolución de 14-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 16

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que a tenor de señalado en el artículo 326 de nuestra LH, el recurso solo puede versar sobre los pronunciamientos señalados por el registrador en su nota de calificación y en atención a

las circunstancias contenidas en el título o los títulos presentados para la calificación, no pudiendo apoyarse en otros documentos ajenos a dicha presentación y que se incorporen en el trámite de alegaciones. Debe afirmarse que entre los principios de nuestro Derecho hipotecario es básico el de tracto sucesivo, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la LH). Este principio está íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la LH. En efecto, las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar la suspensión de la nota recurrida, toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra el titular registral, sin que pueda alegarse en contra, la limitación del ámbito calificador respecto de los mandamientos judiciales, pues el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (art. 24 de la Constitución Española) impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han tenido parte en él ni han intervenido en manera alguna. Respecto de la finca registral 32.534 cuyo titular registral es la mercantil «Polivila, S.L.», por aportación realizada por don A. L. B., exige acudir a la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Pero esa decisión sobre el levantamiento del velo, no puede tomarse al margen de un procedimiento civil entablado contra la propia sociedad titular del bien (cfr. arts. 24 de la Constitución Española y 1, 40 y 82 de la LH), salvo en los supuestos legalmente admitidos, que como se ha visto son excepcionales y de interpretación restrictiva. Entre los cuales se encuentra el artículo 20 de la LH, párrafo último.

Resolución de 14-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro de la Propiedad de Santander, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: SOLICITUD POR PARTE DEL SUSTITUTO VULGAR DE LA DECLARACIÓN DE INDIGNIDAD DEL HEREDERO INSTITUIDO.

El criterio del «numerus clausus», constituye uno de los principios tradicionales en materia de anotaciones preventivas, y, aunque con importantes matizaciones, ha sido sostenido por este Centro Directivo. Especialmente controvertida ha sido la aplicación de este principio general al caso de la anotación de demanda prevista en el artículo 42, 1º LH la doctrina de este Centro Directivo, recogida en las resoluciones relacionadas en los «vistos», ha ido perfilando el ámbito de este tipo de anotaciones, hasta llegar a concluir que dicho precepto da cobertura, no solo a las demandas en que se ejercita una acción real, sino también a aquellas otras en que se hace valer una pretensión puramente personal que pueda conducir a una mutación jurídico-real inmobiliaria. Lo determinante es que la demanda ejercite una acción atinente a la propiedad o a un derecho real sobre el mismo inmueble, de suerte que la estimación de la pretensión del demandante propiciara directamente una alteración registral. Se trata de un proceso en el que la demandante es una fundación que pretende que se declare judicialmente que el heredero instituido por el testador se halla incurso en causa de indignidad para suceder, en los términos previstos en el artículo 756 del Código Civil. Dicha fundación ha sido designada como sustituta vulgar, sin designación de casos,

en el testamento del titular registral de la finca. Los efectos de la indignidad se producen por haber incurrido en una causa que la provoque, sin que sea preciso que medie una sentencia que la declare expresamente, por lo tanto el «*ius delationis*» corresponderá a quien finalmente resulte heredero del causante, en el supuesto de este expediente a la fundación designada como sustituta. Ha de determinarse si la sentencia estimatoria provocará alguna alteración registral que justifique que la demanda sea susceptible de anotación en los términos del artículo 42.1.º de la LH el testamento del causante, al margen de instituir al demandado como heredero con sustitución vulgar a favor de la fundación demandante, reconoce la legítima estricta a cuantas personas tuvieren derecho a ello. Por tanto, en el caso de existir tales legitimarios, si la fundación obtuviere una sentencia estimatoria de su pretensión, adquiriría la condición de heredera concurriendo con los referidos herederos forzosos. Esta situación le permitiría obtener la correspondiente anotación de demanda de derecho hereditario, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 42.6.º y 46 de la LH, solo con solicitarlo mediante la correspondiente instancia acompañada de la sentencia, el testamento y los demás documentos señalados en el artículo 16 de la LH en el supuesto más probable, según resulta de la documentación aportada, de inexistencia de legitimarios, la fundación quedaría como heredera única del testador y la sentencia estimatoria le habilitaría para obtener la inscripción a su favor de la finca registrada a nombre del causante, aportando el testamento y los documentos complementarios en los términos previstos en el artículo 14 de la LH. En el supuesto de este expediente la finca sigue estando inscrita a favor del causante pero de no extenderse la anotación, nada impediría que previa presentación de la documentación pertinente, se produjese la inscripción a favor del heredero inicialmente designado con los correspondientes efectos. En este sentido, la única manera de reflejar en el Registro la existencia de un procedimiento en el que se cuestiona el nombramiento testamentario y que puede determinar su invalidez es la medida cautelar adoptada, sin que ello implique la imposibilidad de inscripción de la finca a favor del demandado o incluso la transmisión de esta, si bien con los efectos derivados de la publicidad registral.

Resolución de 18-9-2017
(*BOE* 13-10-2017)
Registro de la Propiedad de Sabadell, número 4

TRANSACCIÓN JUDICIAL: DIVISIÓN DE PATRIMONIO CONEXA A UN PROCEDIMIENTO DE DISOLUCIÓN MATRIMONIAL.

Esta Dirección General, ha analizado en numerosas ocasiones el valor de la homologación judicial de la transacción como título inhábil para su acceso al Registro de la Propiedad. Tal y como ya ha quedado resuelto en pronunciamientos previos, la transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo tal acuerdo carácter de cosa juzgada entre ellos tal y como se prevé en los artículos 1809 y 1816 del Código Civil; mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional en cuanto al poder de disposición de las partes en relación al objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del

fondo del acuerdo que supone la transacción. En estos supuestos, por tanto, se debe acudir a lo señalado en el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 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). No cabe en consecuencia amparar las afirmaciones del escrito de recurso que pretenden equiparar el supuesto de hecho al de presentación en el Registro de la Propiedad del testimonio de una sentencia recaída en procedimiento ordinario. Esta Dirección General ha tenido ocasión de manifestar recientemente (cfr. resolución de 9 de julio de 2013) que '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 obligacional, el pacto transaccional alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento'. Resulta admisible, como ya habían admitido resoluciones anteriores, la inscripción de la adjudicación que mediante convenio regulador se realice respecto de los bienes adquiridos vigente el régimen de separación de bienes, pues aunque dicho régimen está basado en la comunidad romana, esto no autoriza a identificar ambas regulaciones. En definitiva, puede establecerse como conclusión derivada de la doctrina de esta Dirección General, que el convenio regulador ha de considerarse título inscribible en materia de liquidación del régimen económico-matrimonial, en aquellos negocios que puedan tener carácter familiar, como pudiera ser la liquidación del patrimonio ganancial, así como —en los supuestos del régimen de separación de bienes— la adjudicación de la vivienda habitual y otros bienes accesorios a ella, destinados a la convivencia y uso ordinario de la familia, y en general para la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges derivadas de la vida en común. En el caso objeto de este expediente, de la documentación presentada resulta que el acuerdo sometido a homologación judicial es claramente equiparable a un convenio regulador (de hecho, las partes así lo denominan). Se trata de un convenio alcanzado entre dos cónyuges que se hallan separados en virtud de sentencia previa. Dicho acuerdo se alcanza en fase de ejecución de una sentencia dictada por el mismo Juzgado que decretó la separación, en un procedimiento de modificación de medidas reguladoras de la propia separación. Además, tiene por objeto disolver el condominio existente sobre la que había sido vivienda habitual del matrimonio y sus dos elementos accesorios (cochera y trastero).

Resolución de 18-9-2017
(*BOE* 13-10-2017)
Registro de la Propiedad de Badajoz, número 1

RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: A TRAVÉS DE UN PROCEDIMIENTO DECLARATIVO.

En el supuesto de este expediente, con anterioridad a la interposición de la demanda en el procedimiento declarativo, se intentó la inscripción del exceso de

cabida de la finca 41.325 a través del expediente de dominio número 699/2013 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Badajoz. En dicho procedimiento fueron citados como colindantes la sociedad «Torrealta, S.C.L.», dueña además de finca matriz de la que se segregó y la Confederación Hidrográfica del Guadiana. El fundamento segundo del auto dispone que no procede declarar justificado el dominio de la solicitante sobre el exceso de cabida pretendida al considerar que el mismo no queda suficientemente acreditado, concluyendo que aparentemente lo que se pretendería con el expediente era que una parte de la finca que actualmente figura a nombre de la colindante «Torrealta, S.C.L.», pasase a inscribirse en la finca de la solicitante, persona jurídica distinta, sin que se hubiese acreditado, sin embargo, título jurídico alguno para dicha atribución y excediendo dicha finalidad de lo que constituye el objeto de un expediente de dominio. Como ya se dijo en la resolución de 17 de febrero de 2017, recaída sobre este mismo asunto, se ha admitido reiteradamente por esta Dirección General con anterioridad a la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, la posibilidad de que en un procedimiento distinto de los especialmente establecidos en la legislación hipotecaria y singularmente en procedimiento judicial declarativo, se acuerde la inscripción de un exceso de cabida, en cuyo caso las dudas sobre la identidad de la finca o sobre la realidad del exceso por definición se despejan en el ámbito de la valoración de las pruebas practicadas, dado que se ventilan en un procedimiento judicial, siendo preciso que se cumplan los requisitos exigidos para la protección de los titulares de predios colindantes. Esta posibilidad se ha visto expresamente reconocida con carácter general en el actual artículo 198 de la LH. En cuanto al primer defecto de la nota de calificación, si bien resultan inicialmente justificadas las dudas del registrador, aunque no con el detalle que sería deseable ya que la calificación se limita a poner de manifiesto la magnitud del exceso y la sospecha de la existencia de posibles negocios no documentados como apreció el auto desestimatorio del expediente de dominio previo, no puede ignorarse que la sentencia firme dictada en el procedimiento, declara que como legítimo propietario de la finca 41.326 del Registro de la Propiedad de Badajoz número 1, con una cabida de 115,57 áreas a la sociedad demandante, por lo que con independencia de que se llegue a tal declaración por el allanamiento del demandado la titularidad de la finca con la citada cabida deviene incuestionable. No obstante, será requisito indispensable por lo tanto que se cite a los titulares del dominio y demás derechos reales sobre las fincas colindantes tanto registrales como catastrales, aportando, en todo caso, la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca o fincas objeto del expediente. Además, en caso de que la representación gráfica catastral no coincida con la rectificación solicitada, deberá aportarse representación gráfica georreferenciada de la misma. No consta demandada ni se ha dado intervención al titular de dicho lindero sur, la Confederación Hidrográfica del Guadiana. Sin embargo dicha entidad sí tuvo cumplida intervención en el expediente judicial para inmatriculación de exceso de cabida previo. Por lo tanto no puede aducirse como defecto su falta de intervención en el declarativo posterior. Cuestión distinta es la necesaria intervención en el procedimiento del acreedor titular de la hipoteca que grava la colindante y finca matriz 3.248 propiedad de la sociedad demandada. Una vez en vigor la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, la nueva regulación de los supuestos de concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física extrarregistral tiene siempre presente la necesidad de incluir la representación gráfica de la finca cuando se trata de inmatriculación de fincas o de rectificaciones descriptivas que suponen diferencias de superficie superiores al 10%

de la cabida inscrita [cfr. art. 9.b) y 198 y siguientes de la LH]. La inscripción que en su caso se practique deberá contener las circunstancias previstas en el artículo 9 de la LH y debe contener obligatoriamente la representación gráfica georreferenciada.

Resolución de 19-9-2017
(*BOE* 13-10-2017)
Registro de la Propiedad de Oviedo, número 4

NOVACIÓN Y AMPLIACIÓN DE HIPOTECA: NATURALEZA, ALCANCE Y REQUISITOS.

Se trata de una novación y ampliación de hipoteca en la que, como se señala en la nota de calificación, se fija la responsabilidad por intereses ordinarios, de demora, costas y gastos, con referencia a la cantidad ampliada, por tipos y plazos distintos a los de la hipoteca inicial, y a continuación se suman estas nuevas responsabilidades a las iniciales ya garantizadas. Asimismo, los tipos de la responsabilidad hipotecaria por intereses ordinarios y moratorios de la hipoteca inicial no se adaptan a los nuevos límites fijados tanto para el capital ampliado como para el préstamo originario en la escritura de modificación del préstamo hipotecario. La ampliación de hipoteca ha de asimilarse a efectos prácticos a la constitución de una nueva. Si se tratara de ampliación sobre la misma finca ya hipotecada con anterioridad, de existir cargas intermedias, la pretendida ampliación no puede perjudicarlas, pero la garantía hipotecaria preferente no tiene por qué posponerse a ellas, de modo que la ejecución de esa carga intermedia determinará la cancelación de la llamada ampliación en tanto que hipoteca de rango posterior (art. 134 de la LH), pero no la de la hipoteca inicial. El efecto meramente modificativo y no extintivo de la ampliación del préstamo hipotecario tuvo su expreso reconocimiento legal en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Congruentemente con esa intención de ampliar los supuestos de novación meramente modificativa, los párrafos 2.º y 3.º del artículo 4 de la ley establecen, en primer lugar, en una correcta interpretación literal que no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita ni la ampliación o reducción de capital, ni la alteración del plazo ni ninguna de las otras modificaciones previstas en el apartado 2.º; es decir, que por sí sola la ampliación del capital no genera un incremento de la responsabilidad hipotecaria pues entonces carecería de razón de ser su inclusión en el apartado 2.º, ni tampoco por sí sola la ampliación del plazo puede generar una pérdida de rango de la hipoteca por implicar una ampliación del plazo por esa misma razón. La ampliación del capital no supondrá, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o exista una ampliación del plazo del préstamo por este incremento de la responsabilidad hipotecaria o ampliación del capital. No existe razón jurídica alguna para que, respecto de las hipotecas constituidas con anterioridad a la repetida reforma legal, en igual situación registral, las partes puedan pactar en caso de ampliación del capital esa configuración de una hipoteca única con responsabilidad hipotecaria ampliada. Además, en los supuestos de modificación de las condiciones financieras, es aplicable la doctrina de esta Dirección General (véanse las resoluciones de 5 de noviembre de 1999, 25 de abril y 4 de septiembre de 2002, 26 de enero de 2012, y 9 de octubre, 17 de noviembre y 21 de diciembre

de 2015) según la cual el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado (arts. 104 de la LH y 1857 del Código Civil) implica la imposibilidad de discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito (arts. 9 y 12 de la LH), de modo que pactándose en la modificación de la condiciones financieras del préstamo hipotecario un tipo fijo para los intereses remuneratorios y moratorios que antes no existía (o inferior al anteriormente existente), o estableciéndose una límite obligacional a los intereses variables antes inexistente (o inferior al precedente), no cabe que la cobertura hipotecaria se mantenga definida por referencia a unos tipos de interés distintos de los ahora estipulados, vulnerándose con ello la exigencia de claridad y precisión en el contenido de los asientos registrales, dada la transcendencia «*erga omnes*» de sus pronunciamientos. Todo lo expuesto no es óbice para que si las partes quieren mantener la dicotomía de la responsabilidad hipotecaria, ello sea posible y la denominada ampliación inscribible, pero como una segunda hipoteca, lo que debe resultar claramente de la correspondiente escritura, ya que como señala la resolución de la Dirección General de 12 de mayo de 2011 cuando la responsabilidad hipotecaria correspondiente al capital inicial y a la ampliación del mismo no se configure de modo uniforme, en la inscripción registral debe quedar perfectamente claro que existen dos hipotecas (la del préstamo inicial y la del importe ampliado), cada una con su propio rango, con la exacta determinación por separado de sus respectivas responsabilidades hipotecarias por los diferentes conceptos. Procede pues examinar cuál ha sido la voluntad de las partes en el supuesto de hecho concreto del presente expediente, existiendo a juicio de este Centro Directivo argumentos en favor de ambas soluciones. En todo caso, sea cual sea la opinión que de forma abstracta se pueda tener acerca de la cuestión, la concurrencia de esta incertidumbres con la repetida necesidad de claridad de los asientos registrales imponen la aclaración de la escritura por parte del acreedor en el sentido de indicar si quiere que se inscriba la ampliación de la hipoteca como una sola hipoteca sumada a la anterior, o que se inscriba como segunda hipoteca con distinto rango; debiendo en el primer caso, como indica la registradora calificante, recalcularse de forma uniforme la responsabilidad hipotecaria total por intereses ordinarios y moratorios, aplicando el mismo régimen de plazo y tipos máximos al antiguo y al nuevo principal. Esta voluntad contractual podría deducirse de la propia interposición del recurso contra la calificación registral por parte de la entidad acreedora, pero, en este caso, al haberse interpuesto el recurso por el notario autorizante en términos jurídicos y de no de voluntad manifestada en su presencia, no es posible extraer esa conclusión.

Resolución de 19-9-2017
(*BOE* 13-10-2017)
Registro de la Propiedad de Getafe, número 1

DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE: MANDAMIENTO DE EMBARGO EMITIDO POR LA AEAT.

En cuanto al primero de los defectos, señala el registrador que deberá acompañarse la providencia de apremio y la diligencia de embargo, debido a que a su juicio la certificación a que se refiere el artículo 85 del Reglamento General de Recaudación requiere inserción literal de su contenido y en el mandamiento

presentado lo que se hace es certificar de la existencia de los mismos. El artículo 85 no exige la incorporación literal de providencia y diligencia en términos tan explícitos como los que señala el artículo 165 del Reglamento para el caso de documentos judiciales, en cuyo caso el mandamiento debe recoger el texto íntegro de la resolución que acuerde el embargo. Pero la certificación administrativa no puede limitarse a la acreditación de la mera existencia de aquellas, dada la importancia que la traba tiene en el patrimonio del deudor, sino que deberá comprender aunque no sea literalmente, todos los elementos que comprende la providencia. Por lo tanto dado que constan todos los elementos que deben contener las providencias aun cuando no se hayan insertado literalmente, la certificación debe estimarse suficiente. El código generado electrónicamente permite contrastar la autenticidad del documento, de conformidad con el artículo 30.5 de la Ley 11/2007. Este constituye la simple referencia lógica —alfanumérica o gráfica— que identifica, dentro de la sede electrónica, cada documento electrónico, previamente autorizado, también en forma electrónica. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30.5 de la Ley 11/2007, las copias realizadas en soporte papel de documentos públicos administrativos emitidos por medios electrónicos y firmados electrónicamente tendrán la consideración de copias auténticas siempre que incluyan la impresión de un código generado electrónicamente u otros sistemas de verificación que permitan contrastar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos de la Administración Pública, órgano o entidad emisora. El registrador, en el ámbito de su competencia, está obligado a llevar a cabo la verificación de la autenticidad del documento presentado mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente mediante el código seguro de verificación incorporado al propio documento. En el caso de este expediente, como se ha dicho anteriormente, el defecto observado por el registrador consiste en que la firma electrónica y el código seguro de verificación aparecen únicamente en el mandamiento pero no en los anexos, sin embargo, aunque ciertamente sería más correcta la inclusión del código en todas las hojas, incluidas las comprensivas de los anexos, su consulta en la sede electrónica de la Agencia Tributaria permite comprobar la integridad y verificar la autenticidad del mandamiento mediante el acceso a la sede electrónica de la Agencia Tributaria, con los efectos antes reseñados, resultando que en él se incluyen los repetidos anexos, teniendo en cuenta, además, la referencia a los mismos que se efectúa en la certificación incorporada.

Resolución de 20-9-2017
(*BOE* 16-10-2017)
Registro de la Propiedad de Arcos de la Frontera

CALIFICACIÓN REGISTRAL: DOCUMENTOS JUDICIALES. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC.

Es evidente que la privación de la titularidad de una finca como consecuencia del cumplimiento forzoso de una resolución judicial, solo puede llevarse a cabo por los trámites del procedimiento de apremio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho procedimiento solo será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va terminar perdiendo la propiedad del bien objeto de ejecución. Entre esas garantías fundamentales está la de que la adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, se haga al ejecutante por una cantidad que respete unos porcentajes mínimos

del valor de tasación de la finca ejecutada. Si dichos límites no se respetan, no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado, debiendo el registrador rechazar el acceso al Registro de la adjudicación. En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código Civil que señala que «las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado. Conforme al artículo 670 existiendo postores cabe la posibilidad de que el remate sea inferior al 50% del valor de tasación siempre que cubra al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Y en este caso, como garantía complementaria la Ley atribuye al letrado de la Administración de Justicia la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes, oídas las partes, y establece que, en caso de que se realice el remate en esos términos, existirá la posibilidad de presentar recurso de revisión frente al decreto de adjudicación. Esta norma especial, prevista por el legislador para circunstancias extraordinarias y con una serie de garantías específicas, parece que debe integrarse igualmente para el supuesto del artículo 671, por lo que en esta hipótesis será preciso que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 670.4 (cfr. art. 4.1 del Código Civil).

Resolución de 20-9-2017
(*BOE* 16-10-2017)
Registro de la Propiedad de Vic, número 3

RECURSO GUBERNATIVO: *DIES A QUO* PARA EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE INTERPOSICIÓN. CAUSA: REQUISITO IMPRESCINDIBLE.

Respecto de la notificación realizada por fax al presentante, como ha señalado este Centro Directivo muy recientemente (resoluciones de 8 de marzo y 2 de octubre de 2013 y 23 de junio de 2014), no constando en el presente expediente manifestación alguna realizada por el presentante admitiendo la notificación por fax al tiempo de la presentación del título y no acreditándose otra forma de notificación válida antes de transcurrido el plazo legalmente previsto, el recurso no puede considerarse extemporáneo. En segundo lugar, y con carácter preliminar antes de entrar en el fondo del asunto, debemos recordar que el recurso solo puede tener por objeto resolver acerca de la posibilidad de acceder a los libros del registro en relación al título presentado, junto con los documentos complementarios que pudieran haberse incorporado antes de la emisión de la calificación o una vez expedida esta, pero siempre que su aportación se hubiera verificado a la registradora al tiempo de elaborar la nota de calificación que es objeto de recurso. Este Centro Directivo ha tenido oportunidad de expresarse acerca de la necesidad de expresar la causa de los negocios jurídicos que pretendan tener acceso a los libros del Registro. En el caso aquí planteado, tal y como se extrae del auto de adjudicación donde se testimonia parte de la sentencia de divorcio y aprobatoria del convenio regulador, la cuota indivisa de la finca objeto de adjudicación se había entregado al esposo deudor «respondiendo del pago de la pensión alimenticia antes convenida». La causa, una vez analizada esta documentación,

resulta entroncarse en el pago de la deuda de alimentos contraída por el exesposo en favor de la exesposa en el convenio regulador de su crisis matrimonial.

Resolución de 21-9-2017
(*BOE* 16-10-2017)
Registro de la Propiedad de Sant Boi de Llobregat

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIAS DGRN Y CA DE CATALUÑA. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS

Cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva, en normas de derecho catalán o en su infracción, los registradores deberán remitir el expediente formado a la Dirección General de Dret i d'Entitats Jurídiques de Cataluña, aun cuando se hayan interpuesto ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado. 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, como es el caso presente, 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. Como ha afirmado la reciente resolución de este Centro Directivo de 23 de abril de 2014, la jurisprudencia del TS a partir de la sentencia de 3 de enero de 2011 obliga a recuperar la doctrina clásica de este Centro Directivo en relación con la naturaleza del procedimiento y función registral, doctrina que fue sintetizada en la resolución de 26 de junio de 1986. Dijimos entonces, y hoy a la vista de la reseñada jurisprudencia debemos reiterar, que «indudablemente, y al igual que sucede con el Registro Civil (cfr. art. 16 del Reglamento del Registro Civil y párrafo X del Preámbulo de este Reglamento), la actividad pública registral, se aproxima, en sentido material, a la jurisdicción voluntaria, si bien formalmente no es propiamente jurisdiccional, porque los registradores de la propiedad —aunque como los jueces no están sujetos en sus funciones al principio de jerarquía para enjuiciar el caso, sino que gozan de independencia en su calificación—, están fuera de la organización judicial. En todo caso, es una actividad distinta de la propiamente administrativa. No está sujeta tal actividad a las disposiciones administrativas, sino que viene ordenada por las normas civiles. Las cuestiones sobre las que versa —las situaciones jurídicas sobre la propiedad inmueble— son cuestiones civiles. Y por la índole de las disposiciones aplicables y la de las cuestiones que constituyen su objeto, esta actividad está fuera del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que no significa que la actividad registral esté fuera del control jurisdiccional, puesto que las decisiones registrales dejan siempre a salvo la vía judicial ordinaria y las decisiones judiciales dictadas en el correspondiente proceso tienen siempre valor prevalente (cfr. arts. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.º, 40 y 66 de la Ley Hipotecaria)». Es regla básica en nuestro Derecho hipotecario que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Como ha quedado expuesto, uno de los supuestos de inexactitud registral puede venir motivado por la existencia de errores materiales o de concepto en la redacción del asiento. El artículo 40 de la Ley Hipotecaria en su apartado c) señala que en este caso el Registro se rectificará en la forma

determinada en el título VII. Parece claro, a la vista del citado artículo, que el consentimiento o acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador son requisitos indispensables para la rectificación. Y ello porque, en caso de error, la inexactitud viene provocada por la actuación equivocada del registrador al extender los asientos, de forma que lo que publica el Registro contraviene lo querido por las partes y plasmado correctamente en el título, mientras que cuando la inexactitud es consecuencia de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento, la rectificación del Registro precisará el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuye algún derecho, pero no del registrador cuya actuación ha sido ajena al origen de la inexactitud. Supuesto diferente de inexactitud por error o nulidad de un asiento (art. 40.c) de la Ley Hipotecaria) es el de la inexactitud provocada por defecto en el título que hubiera motivado el asiento [art. 40.d) de la Ley Hipotecaria].

Resolución de 21-9-2017
(*BOE* 16-10-2017)
Registro de la Propiedad de Sant Boi de Llobregat

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIAS DGRN Y CA DE CATALUÑA. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE RESOLUCIÓN NO FIRME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE DRET I D´ENTITATS JURIDIQUES.

Cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva, en normas de derecho catalán o en su infracción, los registradores deberán remitir el expediente formado a la Dirección General de Dret i d'Entitats Jurídiques de Cataluña, aun cuando se hayan interpuesto ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado. 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, como es el caso presente, 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. Como ha afirmado la reciente resolución de este Centro Directivo de 23 de abril de 2014, la jurisprudencia del TS a partir de la sentencia de 3 de enero de 2011 obliga a recuperar la doctrina clásica de este Centro Directivo en relación con la naturaleza del procedimiento y función registral, doctrina que fue sintetizada en la resolución de 26 de junio de 1986. dijimos entonces, y hoy a la vista de la reseñada jurisprudencia debemos reiterar, que «indudablemente, y al igual que sucede con el Registro Civil (cfr. art. 16 del Reglamento del Registro Civil y párrafo X del preámbulo de este Reglamento), la actividad pública registral, se aproxima, en sentido material, a la jurisdicción voluntaria, si bien formalmente no es propiamente jurisdiccional, porque los registradores de la propiedad —aunque como los jueces no están sujetos en sus funciones al principio de jerarquía para enjuiciar el caso, sino que gozan de independencia en su calificación—, están fuera de la organización judicial. En todo caso, es una actividad distinta de la propiamente administrativa. No está sujeta tal actividad a las disposiciones administrativas, sino que viene ordenada por las normas civiles. Las cuestiones sobre las que versa —las situaciones jurídicas sobre la propiedad inmueble— son cuestiones civiles. Y por la índole de las disposiciones aplicables y la de las cuestiones que constituyen su objeto, esta actividad está fuera del ámbito de la

jurisdicción contencioso-administrativa. Lo que no significa que la actividad registral esté fuera del control jurisdiccional, puesto que las decisiones registrales dejan siempre a salvo la vía judicial ordinaria y las decisiones judiciales dictadas en el correspondiente proceso tienen siempre valor prevalente (cfr. arts. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.º, 40 y 66 de la Ley Hipotecaria)». Es regla básica en nuestro derecho hipotecario que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Como bien señala la registradora, frente a esas situaciones definitivas o firmes, hay otras situaciones de mera interinidad, hasta que no se resuelva controversia entre las partes. Para dar seguridad y certeza en el futuro a posibles adquirentes, el ordenamiento jurídico ha considerado más prudente publicar y proteger determinadas situaciones litigiosas mediante otros asientos de carácter temporal, como es el de la anotación. De lo establecido en el artículo 327 LH y del artículo 6 de la Ley 5/2009, 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, si la resolución de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas no es firme, los Registradores deben practicar la anotación preventiva de acuerdo con la Ley Hipotecaria. Al haberse impugnado judicialmente la resolución de la Dirección General de Dret i D'entitats Jurídiques de 12 de junio anterior de la que aquella traía causa y no habiendo devenido firme, tal como consta por nota marginal de fecha 24 de julio del mismo año, no puede procederse a la conversión de aquella anotación en inscripción definitiva, por las causas más arriba expuestas y según resulta de lo establecido en el artículo 6 de la Ley 5/2009 en conexión con el artículo 327 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 22-9-2017
(*BOE* 16-10-2017)
Registro de la Propiedad de Córdoba, número 7

HERENCIA: LEGÍTIMA EN METÁLICO CONFORME A LOS ARTÍCULOS 841 Y SIGUIENTES.

Como ha reiterado este Centro Directivo, la necesaria intervención del legitimario, se recoge entre muchas otras, por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989. Esta doctrina ha sido reiterada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en resolución de 1 de marzo de 2006 y muchas otras (*vid.* «Vistos»), en las que se recoge la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, lo que hace imprescindible su concurrencia, para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1057.1 del Código Civil), de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos. No cabe dejar al legitimario la defensa de su derecho a expensas de unas «acciones de rescisión o resarcimiento» o la vía declarativa para reclamar derechos hereditarios y el complemento de la legítima, ejercitables tras la partición hecha y consumada. Alega el recurrente que se trata de una facultad de pago de la legítima en metálico, y en este punto, esta misma doctrina ha sido mantenida en la resolución de 15 de septiembre de 2014 para un caso análogo,

de pago en dinero de la legítima, conforme a los preceptos legales que exigen la conformidad expresa de todos los interesados en la sucesión a fin de establecer la valoración de la parte reservada (arts. 843 y 847 del Código Civil) y en su defecto la aprobación judicial. Posteriormente, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la de Jurisdicción Voluntaria, ha dado nueva redacción al artículo 843: «Salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación por el secretario judicial o notario». Ciertamente, 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. En el supuesto de este expediente, más que una facultad de pago de legítima en metálico, lo que ha dispuesto la testadora es una orden, y aunque en puridad se pague la legítima en metálico, los herederos que deben hacerlo carecen de elección y deben cumplir la voluntad de la testadora. Pero esto no debe impedir que la legitimaria tenga sus garantías y protección legal en los mismos términos que la facultad del 841 del Código Civil. En el supuesto de este expediente, del literal del testamento resulta una orden y no facultad concedida a los herederos, y en consecuencia, estos requisitos para que resulten aplicables los artículos 841 y siguientes del Código Civil no se cumplen en este caso. De estar sujeta la partición a las reglas establecidas en los artículos 841 y siguientes del Código Civil, resultaría necesario que, conforme lo previsto por el artículo 843 del Código Civil, salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición así hecha, fuese aprobada por el letrado de la Administración de Justicia o notario —tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio—.

Resolución de 22-9-2017
(*BOE* 16-10-2017)
Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 1

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: INMATRICULACIÓN DE UNA CUEVA.

En primer lugar se plantea la posibilidad de inmatricular una edificación que se describe como cueva, manifestando la registradora dudas al respecto sobre la titularidad del terreno que se encuentra sobre la misma o de la posibilidad de que se encuentre ubicada bajo caminos públicos. Distintas resoluciones admiten segregar un volumen edificable en el subsuelo, desconectándolo totalmente de la superficie terrestre, si bien no siempre y necesariamente debe acudirse en tales casos a una segregación de los terrenos subyacentes, sino que puede bastar una mera delimitación del distinto régimen jurídico aplicable a cada volumen. Lo señalado en las citadas resoluciones para la segregación es aplicable al caso de pretenderse la inmatriculación de una vivienda cueva como es el caso de este expediente. Para ello será necesario, en respeto del principio de especialidad, la delimitación del volumen al que se contrae el objeto de derecho, lo que podrá hacerse añadiendo a las coordenadas georreferenciadas de los vértices las cotas que determinen la situación exacta en el plano vertical. Asimismo se precisará que tal dominio no

resulte contradicho con otro que previamente haya accedido al Registro, como podría suceder si estuviera ya inmatriculada la superficie de suelo existente sobre la cueva sin limitación en cuanto al subsuelo, pues el artículo 205 de la Ley Hipotecaria solo permite la inmatriculación siempre que no estuvieren inscritos los mismos derechos a favor de otra persona. En el caso concreto de este expediente, la delimitación de la finca en el plano vertical no se ha efectuado, en los términos señalados en el fundamento anterior, y en este sentido la calificación pone de manifiesto como primer defecto que no es correcta la descripción de la finca al no expresar que la misma se ubica en bajo la superficie de una finca colindante, por lo que, a tenor de la doctrina expuesta, el defecto debe confirmarse. Por otra parte, la referencia tanto en el primer como en el segundo defecto a la ubicación bajo una finca colindante, lleva a plantear la necesidad de intervención del titular de la finca bajo la que se ubica la casa cueva. Tal y como se ha indicado en el fundamento anterior, conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, es preciso que el dominio no resulte contradicho con otro que previamente haya accedido al Registro, por lo que será precisa dicha intervención. El artículo 205 de la Ley Hipotecaria exige que «exista identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos a juicio del registrador y, en todo caso, en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto». En el caso de este expediente se actualiza la descripción de la finca en el título inmatriculador sin que la registradora haya planteado la cuestión relativa a la identidad entre dicho título y el que acredita la previa adquisición de la certificación catastral resulta una descripción aparentemente coincidente, ya que se expresa una superficie gráfica de 249 metros cuadrados y una superficie construida de la edificación de 64 metros cuadrados. Ahora bien, el nuevo artículo 205 de la Ley Hipotecaria, en su redacción dada por la Ley 13/2015, exige para inmatriculación de fincas en virtud de títulos públicos que exista identidad en todo caso, entre la descripción del título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica. En este sentido, esta Dirección General ha reiterado que en todo supuesto de inmatriculación conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria deberá aportarse la representación gráfica catastral de la finca en términos idénticos. En los supuestos en los que exista una inconsistencia de la base gráfica catastral que impida la obtención de la completa representación gráfica georreferenciada catastral, no puede impedirse la inmatriculación de la finca por una cuestión técnica que resulta ajena al propio interesado y a la institución registral, por lo que, con carácter excepcional, podrá admitirse que el interesado aporte la representación gráfica alternativa de la vivienda cueva que complete la representación gráfica catastral incompleta en cuanto a la porción subterránea de finca de la que no se aportan tales coordenadas catastrales.

Resolución de 25-9-2017
(*BOE* 20-10-2017)
Registro de la Propiedad de Segovia, número 3

CALIFICACIÓN REGISTRAL: NOTIFICACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS. INMATRICULACIÓN POR CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE DOMINIO: CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

La referencia que a los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, lleva a cabo el artículo 322 de la LH, debe entenderse hecha hoy a los correspondientes

de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Conforme a su artículo 14, debe destacarse que la obligación de relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas se establece, tal y como indica literalmente el precepto, «para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo». Por tanto, como primera conclusión a la que debe llegarse atendiendo a la literalidad de la norma es que quedan excluidos de la misma los trámites que no se incardinen en procedimientos administrativos, que son, en definitiva, los regulados en la ley referida. Como ya ha reiterado este Centro Directivo, la aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo al ámbito de la calificación registral no puede aceptarse con carácter general ni de manera abstracta. Esta afirmación se basa en la doctrina legal sobre la naturaleza del procedimiento registral fijada por la STS, Sala Primera, de 3 de enero de 2011. Pero lo anterior no excluye la aplicabilidad del régimen administrativo cuando haya una remisión específica de la legislación hipotecaria. En el supuesto que da lugar a este expediente, según el artículo 14 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, las notificaciones de la calificación negativa que se efectúen al Ayuntamiento deben realizarse por medios electrónicos. Ahora bien, para que la notificación se entienda realizada es preciso que se verifique conforme a lo que dispone el artículo 40.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. No obstante, dado que en el expediente solo consta, conforme al informe de la registradora de la propiedad, un informe de pantalla del que no resultan los datos de: «la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma», no puede acogerse la alegación que de extemporaneidad hace la registradora debiendo este Centro Directivo entrar en el fondo del asunto. Los requisitos para la inmatriculación por certificación de dominio se regulan en el artículo 206 de la LH. En cuanto a la exigencia de que la finca conste catastrada a nombre del adquirente o del transmitente que se opone como defecto, dicho requisito se contenía en el apartado 1 del artículo 298 del RH. Como puede observarse este requisito reglamentario se refería exclusivamente a la inmatriculación por título público regulada en el artículo 205 de la LH, sin que pueda pretenderse una aplicación extensiva del precepto a los supuestos de inmatriculación por certificación administrativa, en cuya regulación (arts. 206 de la LH y 303 y sigs. de su Reglamento) no se contempla tal exigencia. Por ello, este defecto debe ser revocado. Cuestión distinta es que la circunstancia de hallarse una finca incursa 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.

Resolución de 25-9-2017
(*BOE* 20-10-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 29

PROPIEDAD HORIZONTAL: AGRUPACIÓN DE ELEMENTOS PRIVATIVOS.

Es indudable, y así se afirmó ya en las resoluciones de 20 de marzo y 28 de mayo de 2014 y 15 de febrero de 2016, que tras la redacción dada al artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal por la Ley 8/2013, de 26 de junio, la realización de algún acto de división, segregación o agregación, con la finalidad recogida en dicho precepto, respecto de pisos, locales o anejos que formen parte

de un edificio en régimen de propiedad horizontal requiere la previa autorización administrativa como acto de intervención preventiva que asegure su adecuación a la norma de planeamiento. Sin embargo este requerimiento no es pleno, ya que se condiciona en el inciso final del párrafo primero de la letra b) antes transcrito a que «concurran los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo» (actualmente, artículo 26.6 del R.D. Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo), precepto con el que está estrechamente relacionado, operando ambos de forma complementaria. Dispone el artículo 26.6 del vigente texto refundido de la Ley de Suelo que, como excepción a la exigencia general de autorización administrativa para la modificación del complejo inmobiliario privado, «no será necesaria dicha autorización en los supuestos siguientes: a) Cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel. b) Cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos». En el caso objeto de este recurso, tratándose de la agrupación de dos fincas destinadas a vivienda de un edificio en régimen de propiedad horizontal, no se aumenta el número de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, por lo que, al no tratarse de una modificación de un complejo inmobiliario de los referidos en el citado artículo 26.6 de la vigente Ley de Suelo, ni existir norma autonómica expresa que exija licencia (*vid.* la citada Sentencia del Tribunal Constitucional número 61/1997, de 20 de marzo, y el artículo 151 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid), carece de razón de ser la exigencia de licencia a efectos de la inscripción solicitada.

Resolución de 26-9-2017
(*BOE* 20-10-2017)
Registro de la Propiedad de Almería, número 3

ANOTACIÓN DE EMBARGO: AMPLIACIÓN.

La cuestión a discutir en este recurso estriba en si procede practicar una ampliación de un embargo ya anotado con anterioridad, referido tanto a principal como a las costas procesales. La doctrina de este Centro Directivo se ha ido consolidando y concretando a lo largo del tiempo, de tal manera que ha permitido la llamada ampliación de embargo no solo por nuevos intereses y costas generados a lo largo del procedimiento ejecutivo, sino incluso por nuevos importes del principal de la deuda que genera el apremio, siempre que tuviesen el mismo origen que el débito original y que por ello pudiesen ser exigidos en el mismo procedimiento, como ocurre en los nuevos vencimientos de una deuda de duración periódica (resoluciones de 4 de diciembre de 2003, 7 de junio de 2006, 14 de julio de 2011 y 16 de febrero de 2015). Esta razón es igualmente aplicable, por tanto, a las costas ya existentes en un procedimiento, y cuya exigibilidad pudiera implicar el devengo de intereses de las mismas y por ello es posible su clasificación como una partida más que incorporar al principal de la deuda que se reclama, al no dejar de ser una deuda accesoria nacida como consecuencia del impago de la obligación principal.

Resolución de 26-9-2017
(*BOE* 20-10-2017)
Registro de la Propiedad de Móstoles, número 1

RECURSO GUBERNATIVO: CÓMPUTO DEL PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN.

El Tribunal Constitucional ha abordado esta cuestión en la sentencia número 209/2013, de 16 de diciembre, publicada en el «Boletín Oficial del Estado», del día 17 de enero de 2014, considerando que la forma de realizar el cómputo de los plazos de fecha a fecha según la interpretación tradicional (el plazo vence el día cuyo ordinal coincida con la notificación del acto) no puede considerarse que sea «manifiestamente irrazonable o arbitraria, incurra en error patente o asuma un criterio hermenéutico contrario a la efectividad del derecho a la tutela judicial» (fundamento jurídico cuarto). El artículo 30, apartados 4 y 5 de la citada ley 39/2015, dice: «4. Si el plazo se fija en meses o años, estos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo. El plazo concluirá el mismo día en que se produjo la notificación, publicación o silencio administrativo en el mes o el año de vencimiento. Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes. 5. Cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente». Esta Dirección General viene considerando válida la notificación de la calificación hecha por fax al presentante o interesado cuando este así lo hubiere admitido previamente, conforme dispone el artículo 322 de la LH, y siempre que quede constancia de la fecha de la misma, con indicación del destinatario de la notificación y del contenido de esta, debiendo incorporarse al expediente la correspondiente acreditación de dichos datos (*vid.* resoluciones de 15 de octubre de 2005, 29 de julio de 2009 y 2 de octubre y 4 de diciembre de 2013 «in fine», entre otras); circunstancias estas que concurren en este supuesto, es posible, por último, que el acreedor hipotecario fuera informado de la nota de calificación por su representante, la gestoría «Gestores Administrativos Reunidos, S.A.», el día 23 de mayo de 2017, pero ello no altera la circunstancia de que la fecha inicial del cómputo es aquella en que la notificación se realizó a la entidad encargada de la presentación y gestión del documento, ya que la persona del presentante —no los interesados—, es a la que debe notificarse.

Resolución de 27-9-2017
(*BOE* 20-10-2017)
Registro de la Propiedad de Berja

SEGREGACIÓN DE FINCAS: BASES GRÁFICAS.

Se plantea de nuevo ante este Centro Directivo el régimen jurídico aplicable a las segregaciones en relación a la incorporación de la representación gráfica georreferenciada de las fincas resultantes de tal operación, tanto segregada como resto. Como ya afirmó en la resolución de 2 de septiembre de 2016, tal precepto debe ser interpretado en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria que conlleve el nacimiento de una nueva finca registral, afectando tanto a la finca de resultado como al

posible resto resultante de tal modificación. Interpretarlo en sentido contrario conllevaría un régimen jurídico distinto en cuanto a la identificación gráfica de las mismas para la segregación frente a la división, siendo ambas operaciones registrales con idénticos requisitos tanto civiles como administrativos. El artículo 9 de la LH se remite al procedimiento del artículo 199 en los supuestos en los que la aportación para inscripción de la representación gráfica sea meramente potestativa. Se deduce la posibilidad de inscripción de representación gráfica sin tramitación previa de dicho procedimiento, en los supuestos en los que no existan diferencias superficiales o estas no superen el límite máximo del 10% de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes. Como ha señalado este Centro Directivo en las resoluciones de 7 de julio y 2 de septiembre de 2016, debe tenerse en cuenta el supuesto especial que para la constancia registral de la representación gráfica suponen los casos previstos en el artículo 47 del RH, en el que se permite que accedan en diferente momento temporal segregaciones de múltiples porciones, que se han podido formalizar en diversos títulos, así como cuando se pretenda la inscripción de negocios realizados sobre el resto de una finca, existiendo pendiente de acceder al Registro otras operaciones de segregación. En tales casos es claro que únicamente deberá aportarse, para su constancia en el folio real, la representación gráfica correspondiente a la porción que es objeto de inscripción en cada momento. Como ha señalado este Centro Directivo, 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.

Resolución de 27-9-2017
(*BOE* 20-10-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 6

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO INSCRIBIBLE. DOCUMENTOS JUDICIALES: FIRMEZA. TÍTULO INSCRIBIBLE: CONSTANCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES.

Tal y como ya ha quedado resuelto en pronunciamientos previos, la transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo tal acuerdo carácter de cosa juzgada entre ellos tal y como se prevé en los artículos 1809 y 1816 del Código Civil; mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional en cuanto al poder de disposición de las partes en relación al objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción. En estos supuestos, por tanto, se debe acudir a lo señalado en el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por ello, y fuera de los supuestos en que hubiese habido oposición entre las partes y verdadera controversia, el acuerdo de los interesados que pone fin al procedimiento de división de un patrimonio no pierde su carácter de documento privado, que en

atención al principio de titulación formal previsto en el artículo 3 de la LH, exige el previo otorgamiento de escritura pública notarial a los efectos de permitir su acceso al Registro de la Propiedad. Recientes resoluciones de este Centro Directivo (*vid.* resoluciones de 18 de mayo y 26 de julio de 2017) han admitido la viabilidad como título inscribible de un acuerdo transaccional homologado por el juez, siempre que su objeto sea el propio de un convenio regulador (art. 90 del Código Civil) y resulte de la documentación presentada la conexión de dicho acuerdo con una situación de crisis matrimonial. El segundo defecto planteado por el registrador hace referencia al hecho de que no consta la firmeza del auto que homologa el acuerdo transaccional. Uno de los extremos susceptibles de calificación en relación con las resoluciones judiciales es precisamente el requisito de su firmeza y ejecutabilidad. En efecto, del artículo 3 de la LH resulta que los títulos que contengan actos o contratos inscribibles deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria, o documento autentico, expedido por autoridad judicial o por el gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos. Por tanto, en relación con los documentos de origen judicial se exige que el título correspondiente sea una ejecutoria. La práctica de asientos definitivos en el Registro de la Propiedad, como las inscripciones o cancelaciones, ordenados en virtud de documento judicial solo pueden llevarse a cabo cuando de los mismos resulte la firmeza de la resolución de la que, a su vez, resulte la mutación jurídico real cuya inscripción se ordene o inste (cfr. arts. 40, 79, 80, 82 y 83 de la LH y 174 del RH). Dicha firmeza debe ser certificada por el juzgado o tribunal del que emana la resolución correspondiente. El último de los defectos que es objeto de recurso es el referido a la necesidad de que se exprese el estado civil de los que suscriben el acuerdo homologado judicialmente, así como, en su caso, el régimen económico-matrimonial. A la vista de este precepto, no cabe sino confirmar el defecto apreciado por el registrador, sin que pueda admitirse a estos efectos la certificación del registro civil aportada junto al escrito de recurso.

Resolución de 27-9-2017
(*BOE* 20-10-2017)
Registro de la Propiedad de Villarcayo

PRINCIPIO DE ROGACIÓN: INSCRIPCIÓN PARCIAL. REFERENCIA CATASTRAL: CONSTANCIA EN LA INSCRIPCIÓN. PARCELACIÓN: SUPUESTO DE HECHO NECESARIO PARA EXIGIR LICENCIA. OBRAS NUEVAS POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

Es objeto de este recurso decidir si procede la inscripción de una escritura de compraventa en la que se pretende completar la descripción registral de la finca añadiendo que en la misma existe una explotación económica destinada a camping, con la descripción de esta y de las construcciones que la conforman. Como ya ha indicado este Centro Directivo, en base al artículo 425 RH, la sola presentación de un documento en el Registro implica la petición de la extensión de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse, siendo competencia del registrador la determinación de cuáles sean estos, sin que el principio registral de rogación imponga otras exigencias formales añadidas. Por ello, en coherencia con lo anterior, los artículos 19 bis de la LH y 434 de su Reglamento prevén que en caso de calificación negativa parcial del documento presentado, el registrador debe notificar el defecto por él apreciado, a la vista de lo cual el presentante o

el interesado podrán solicitar la inscripción parcial del documento, sin perjuicio de su derecho a recurrir en cuanto a lo no inscrito. Debe recordarse que ha mantenido esta Dirección General (*vid.* la resolución de 25 de octubre de 2007, cuya doctrina confirman las más recientes de 28 de febrero y 20 de julio de 2012) que no basta con la mera cita rutinaria de un precepto legal (o de resoluciones de esta Dirección General), sino que es preciso justificar la razón por la que el precepto de que se trate es de aplicación y la interpretación que del mismo ha de efectuarse. Por tanto, la falta de correspondencia descriptiva con la certificación catastral que resulta afirmada en el propio título y que también se pone de manifiesto en la calificación, no es propiamente un defecto que impida la inscripción del documento, sino que, conforme al apartado 3 del artículo 44 de la Ley del Catastro «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». Finalmente, hay que tener en cuenta que según certificado catastral telemático actualizado de la finca de fecha 18 de mayo de 2017, la finca tiene hoy una superficie de 9.789 metros cuadrados. En dicho certificado que ha tenido a la vista el registrador al tiempo de efectuar la calificación, la descripción de la finca cumpliría los requisitos del artículo 45 de la Ley del Catastro para estimar la correspondencia con la descripción de la finca que permitiría la constancia registral de la referencia catastral. Son correctas las alegaciones del recurrente que ponen de manifiesto que no puede confundirse el sentido técnico-jurídico y urbanístico de la expresión parcela o parcelación, con la expresión «parcelas» que se utiliza en la escritura para definir el número de espacios o zonas delimitadas en una explotación económica destinada a camping, destinadas a que los usuarios pueden colocar sus tiendas de campaña, o estacionar vehículos o caravanas. De la descripción contenida en el documento de la explotación económica destinada a camping no resulta la existencia de «parcelas» en el sentido que define el artículo 26 de la Ley de Suelo antes transcrito, como tampoco resulta acto alguno de segregación o parcelación que determine la exigencia de licencia de segregación, por lo que el defecto no puede mantenerse. El artículo 28 de la Ley de Suelo permite la constancia registral de la terminación de la obra en el caso 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, siempre que la escritura se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. En el presente caso, tal y como pone de manifiesto la calificación, no existe coincidencia entre la descripción catastral de las edificaciones, y las que figuran en el título y ello tanto si se tiene en cuenta la certificación catastral incorporada al título como si se considera la descripción catastral actualizada, aludida en la calificación. Por tanto, no quedando acreditada la correspondencia con la certificación catastral aportada, esta no es no es hábil para justificar la descripción y la antigüedad de la edificación.

Resolución de 28-9-2017
(*BOE* 24-10-2017)
Registro de la Propiedad de Ocaña

DESLINDE JUDICIAL: REQUISITOS PARA SU INSCRIPCIÓN.

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 cuáles 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. El documento privado firmado por las partes adjuntado a los autos, no es el título material que recoge el deslinde, puesto que en realidad no hace sino poner en conocimiento del Juzgado que se han llevado a cabo las operaciones de deslinde y amojonamiento conforme a los pronunciamientos de la sentencia dictada, ejecutando voluntariamente las operaciones ordenadas. En conclusión puesto que la sentencia contiene las directrices necesarias para llevar a cabo el deslinde y su contenido se recoge íntegramente en el mandamiento, procede la revocación del defecto. Es cierto que ni en la sentencia ni en dicho documento privado se contiene la descripción literaria de las fincas tras el deslinde efectuado, sino que simplemente se acompaña un plano. 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 LH y 44 y 51.6.a del RH), 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. En el supuesto de este expediente las modificaciones derivadas del deslinde exigen que la descripción de las fincas afectadas se adecue a la superficie y linderos resultantes como medio indispensable para lograr la claridad y certeza precisas para su acceso a los libros del Registro y para la práctica de las cancelaciones acordadas. Por lo tanto el defecto debe confirmarse. Lo que resulta indubitado es que ese deslinde parcial que se presente a inscripción ya bajo la vigencia de la nueva redacción de la LH, sí que ha de expresar necesariamente la georreferenciación de cada uno de los vértices de la línea continua o quebrada de separación entre ambas fincas como resulta de lo dispuesto en el artículo 9.b) de la LH Y si además se desea inscribir la completa delimitación georreferenciada de cada finca por todos sus puntos cardinales, será preciso aportar la respectiva certificación catastral descriptiva y gráfica actualizada, o la representación georreferenciada alternativa, y tramitar el correspondiente procedimiento regulado en el artículo 199 de la LH para dar intervención y proteger los derechos de terceros colindantes que no han sido parte en el procedimiento judicial de deslinde meramente parcial o relativo entre dos fincas concretas. Como ya se ha dicho anteriormente el documento firmado por las partes adjuntado a los autos no es el título inscribible puesto que en realidad no hace sino poner en conocimiento del Juzgado que se han llevado a cabo las operaciones de deslinde y amojonamiento conforme a los pronunciamientos de la sentencia dictada, ejecutando voluntariamente las operaciones ordenadas. Habiendo fallecido el demandado al tiempo de suscribirse el acuerdo debe quedar acreditada la condición de herederos de los firmantes,

pero puesto que el documento se ha aportado a los autos corresponde al juez apreciar dicha circunstancia. Como puso de relieve la resolución de 14 de mayo de 2015, tratándose de la inscripción de una sentencia dictada en el ámbito de la jurisdicción civil, como en este supuesto, hay que tener en cuenta el principio de rogación y vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de parte que rige en el ejercicio de acciones civiles, por lo que el contenido de la demanda y la designación de los demandados queda bajo la responsabilidad del demandante. De conformidad con el artículo 38 de la LH a todos los efectos legales se presume que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, asiento y presunción que está bajo la salvaguardia de los tribunales (cfr. art. 1.3.º de la LH), por lo que el titular registral debe ser demandado en el mismo procedimiento, al objeto de evitar que sea condenado sin haber sido demandado, generando una situación de indefensión proscrita por nuestra Constitución (cfr. art. 24 de la Constitución Española). Como dice el registrador en su nota el hecho de que en la sentencia figuren dichas fincas e inscripciones no quiere decir que sean esas inscripciones las que deban ser objeto de cancelación, sino que debe ordenarse expresamente cuáles son de conformidad con el principio de especialidad o determinación, por el cual solo deben acceder al Registro de la Propiedad situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, porque solo de ese modo se producirá una plena claridad en los asientos, que es la base de la publicidad registral y del fomento del crédito territorial y, además, de conformidad con el principio registral de rogación que no solo condiciona la actuación del registrador en el sentido de que debe limitarse a inscribir cuando se le solicita, sino que también ha de ceñirse a lo interesado.

Resolución de 28-9-2017
(*BOE* 24-10-2017)
Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra, número 2

ARRENDAMIENTO: NO ES INSCRIBIBLE EL CONSTITUIDO SOBRE EL 50 POR CIENTO INDIVISO DE LA FINCA.

El documento presentado a calificación no expone con la claridad y precisión necesarias el negocio jurídico que documenta. Cualquiera que haya sido el negocio realizado lo cierto es que, tal y como está configurado, no procede la inscripción en el Registro de la Propiedad. En primer lugar, porque con independencia de la admisión teórica del arrendamiento de cuota sobre bien inmueble, no es posible su inscripción en el Registro de la Propiedad tal y como aparece regulado en el contrato presentado a inscripción. Como resulta de la nota de la registradora, la sujeción del conjunto del contrato a la Ley de Arrendamientos Urbanos no es admisible en cuanto a las tres fincas que tienen, según el propio título presentado a inscripción, la consideración de solares. Tampoco es admisible la sujeción en cuanto a la finca que contiene una edificación por cuanto del régimen legal resulta con absoluta claridad que solo pueden ser objeto del contrato de arrendamiento de vivienda las edificaciones habitables, y no una cuota de las mismas (art. 2.1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos). La falta de determinación de la Ley aplicable a la relación jurídica es incompatible con la precisión, claridad y determinación que han de reunir los asientos del Registro de la Propiedad como esta Dirección General ha recordado en innumerables ocasiones. Establecido que el régimen legal no es, en ningún caso, aquel que consta en el título presentado

(cuestión que el recurrente no discute), resulta evidente la imposibilidad de acceso al Registro de la Propiedad por no reunir el título (art. 21 de la LH), los mínimos requisitos de certeza y determinación del derecho cuya inscripción se solicita (art. 9 de la LH). El escrito de recurso trae igualmente a colación los artículos 3.2 y 6.2 del Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción de arrendamientos en el Registro de la Propiedad. Nuevamente la alegación no puede ser estimada por esta Dirección General. Si lo pretendido por las partes era el arrendamiento de parte de finca (art. 3.2), a los impedimentos ya expuestos en las consideraciones anteriores, se une el hecho de que el título no describe las partes de las fincas objeto del contrato.

Resolución de 29-9-2017
(*BOE* 24-10-2017)
Registro de la Propiedad de La Vecilla

ANOTACIONES PREVENTIVAS: CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD.

A la luz de lo establecido en este precepto, es constante la doctrina de este Centro Directivo que sostiene que la caducidad de las anotaciones opera «*ipso iure*», una vez agotado su plazo de vigencia (art. 86 de la LH), careciendo desde entonces de todo efecto jurídico. Por tanto, o el mandamiento ordenando la prórroga se presenta antes de que transcurran los cuatro años de vigencia de la anotación, o, pasado ese plazo, la anotación caduca y deja de producir efectos. No debe olvidarse que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 3 de enero de 2011, doctrina asumida por este Centro Directivo, la peculiar naturaleza del procedimiento registral impide una aplicación mecánica como norma supletoria de la normativa de procedimiento administrativo salvo que haya una remisión explícita de la propia legislación hipotecaria como sucede en el caso del último párrafo del artículo 326. Por ello habrá que estar a lo dispuesto en la letra del artículo 109 del RH que es suficientemente clara al respecto: «…Si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiese día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes. Si el último día del plazo fuese inhábil, su vencimiento tendrá lugar el primer día hábil siguiente». Según la doctrina del Tribunal Supremo (*vid.*, por todas, las sentencias de la Sala Tercera de 15 de junio de 2004 —recurso de casación número 2125/1999—, y de 8 de junio de 2015 —recurso de casación número 2499/2015—, la referida frase, «de fecha a fecha», no puede tener otro significado que el de entender que el plazo vence el día cuyo ordinal coincida con el que sirvió de punto de partida. Por ello, la fecha de vencimiento («dies ad quem») ha de ser la del día correlativo mensual al de la fecha inicial («*dies a quo*»).

Resolución de 29-9-2017
(*BOE* 24-10-2017)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 11

OBRA NUEVA: DEBE CONSTAR INSCRITA LA CABIDA OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN. RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: PROCEDIMIENTOS.

En primer lugar, como ha reiterado esta Dirección General (*vid.*, por todas, resolución de 30 de junio de 2017), debe recordarse que no es procedente la

inscripción de la ampliación de la edificación en tanto no se inscriba el exceso de cabida de la finca, pues la superficie ocupada por la edificación (93,12 metros cuadrados) no cabe físicamente dentro de la finca registral (de 73,66 metros cuadrados). Caso distinto sería si la superficie de suelo ocupada por la obra cupiera en la finca inscrita, pues en tal supuesto ningún defecto se ha expresado para practicar dicha operación registral. A partir de la entrada en vigor de la reforma de la LH operada por la Ley 13/2015, 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, letra a, y letra b de la LH; —El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la LH, y tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros; —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 (así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1). Como ya ha señalado esta Dirección General (cfr. resolución de 15 de junio de 2016), el procedimiento del 199 se inicia a instancia del titular registral en cumplimiento del principio de rogación y no de oficio por parte del registrador. Además, resulta esencial para poder iniciar su tramitación que dicho titular identifique la representación gráfica georreferenciada que se corresponde con la finca de la que es titular y cuya inscripción se pretende.

Resolución de 29-9-2017
(*BOE* 24-10-2017)
Registro de la Propiedad de Écija

SEGREGACIÓN: RECTIFICACIÓN DE LA FINCA SEGREGADA Y RESTO. RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: PROCEDIMIENTOS.

En primer lugar, se señala como defecto que se precisa licencia de segregación para proceder a la rectificación de descripción de las fincas matriz, segregada y resto que figuran en una escritura de segregación anteriormente inscrita. Como ya ha afirmado esta Dirección General (cfr. resolución de 12 de noviembre de 2013) la licencia municipal cumple una función de acreditación de la legalidad administrativa y urbanística vigente. Siendo la segregación una modificación de la finca, rigurosamente registral, deberá acomodarse la inscripción a la preceptiva licencia sin que pueda el registrador —ni el notario— modificar los términos de su obtención. Constando ya inscrita una segregación conforme a una licencia o autorización administrativa concedida, no puede negarse la posibilidad de rectificar con posterioridad la descripción de las fincas resultantes, sin necesidad de nueva licencia o autorización, siempre y cuando se cumplan los requisitos y procedimientos contemplados para ello en la LH y, ante todo, siempre que las

rectificaciones pretendidas no impliquen una nueva reordenación de terrenos diferente a la resultante de la modificación hipotecaria para la que se concedió la licencia. En el caso de este expediente no se produce una mera falta de correspondencia en la superficie de las fincas entre el título y la licencia, sino la total alteración de las parcelas catastrales que se identifican en dicha licencia así como la desaparición de una porción determinada de la finca y la creación de una finca discontinua; circunstancias que denotan una ordenación de los terrenos que no se corresponde con la modificación hipotecaria inscrita para la que se concedió la licencia y que ahora se pretende rectificar. Cuando se identifica la ubicación y delimitación de una finca a través de la georreferenciación de sus vértices, y por tanto de sus linderos, bien mediante la expresión de sus coordenadas geográficas en sistema de referencia oficial, bien a través de un plano oficial que a su vez esté georreferenciado resulta ya superfluo a tales efectos identificativos la mención unilateral de cuál pueda ser el nombre y apellidos de las personas que en un momento dado puedan ser los propietarios de las fincas colindantes con una que ya ha quedado perfectamente identificada y delimitada. Debe recordarse que la coordinación gráfica a la que alude la recurrente solo tiene lugar en cuanto a la representación gráfica de la finca. En este sentido, como ha puesto de relieve esta Dirección General en distintas resoluciones (véase por todas la 4 de diciembre de 2013) 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. A partir de la entrada en vigor de la reforma de la LH operada por la Ley 13/2015, 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, letra a, y letra b de la LH; —El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10 % de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la LH, y tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros; —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 (así ocurre con el procedimiento regulado en el art. 199 y con el regulado en el art. 201.1).

Resolución de 29-9-2017
(*BOE* 24-10-2017)
Registro de la Propiedad de Hellín

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

El criterio decisorio, conforme a la DT 1ª de la Ley 13/2015, para la aplicación del nuevo régimen jurídico de las inmatriculaciones es el de la fecha de la

presentación del título en el Registro. La nueva redacción legal del artículo 205 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». En cuanto a la forma documental (que es lo que se plantea en este recurso), para acreditar la previa adquisición ya no basta cualquier medio de acreditación fehaciente, categoría amplia dentro de la cual el RH, en alguna de sus sucesivas reformas, ha considerado comprendidos incluso a simples documentos privados que reunieran los requisitos del artículo 1227 del Código Civil. La redacción del artículo 205 no deja lugar a interpretaciones pues dispone claramente que la acreditación de la previa adquisición del transmitente debe realizarse también mediante título público. El artículo 205 de la LH establece que «el registrador deberá verificar la falta de previa inscripción de la finca a favor de persona alguna y no habrá de tener dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras que hubiesen sido previamente inmatriculadas». Como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados (resoluciones de 8 de octubre de 2005, 2 de febrero de 2010, 13 de julio de 2011, 2 de diciembre de 2013, 3 de julio de 2014, 19 de febrero de 2015 y 21 de abril de 2016, entre otras). No resultan admisibles las alegaciones de la recurrente referidas a que los asientos registrales relativos a la finca cuya coincidencia se manifiesta están indebidamente practicados. Ante la negativa del registrador a practicar la inmatriculación pretendida por cualquiera de las vías reguladas en el nuevo Título VI de la LH, el legitimado para ello podrá, bien recurrir judicialmente contra la calificación registral ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal conforme al artículo 324 de la LH —si lo que pretende es la revisión judicial de la calificación registral—; o bien hacer uso de lo dispuesto en el nuevo artículo 198, que, tras enunciar los diferentes procedimientos —y entre ellos, el de inmatriculación— para lograr la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral, señala que «la desestimación de la pretensión del promotor en cualquiera de los expedientes regulados en este Título no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquel». Pero lo que ya no cabe, en modo alguno, es la aplicación de lo dispuesto en los artículos 300 y 306 del RH. En todo supuesto de inmatriculación conforme al artículo 205 de la Ley deberá aportarse la representación gráfica catastral de la finca en términos idénticos a la descripción contenida en el título inmatriculador, siendo esta exigencia heredera de la que empleaba el artículo 53.Seis de la Ley 13/1996. Dado que la validez de las certificaciones catastrales es de un año, según el artículo 84.2 Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, el registrador ha obtenido por medios telemáticos, certificación catastral de las fincas cuya inmatriculación se solicita, de las que resulta la no coincidencia. En los supuestos en los que exista una inconsistencia de la base gráfica catastral que impida la obtención de la representación gráfica georreferenciada catastral, no puede impedirse la inmatriculación de la finca por una cuestión técnica que resulta ajena al propio interesado y a la institución registral, por lo que, con carácter excepcional, podría admitirse que el interesado aporte la representación gráfica alternativa de la finca que complete la certificación catastral incompleta. Sin embargo, esta

excepcionalidad derivada de la inexistencia de representación gráfica de la finca en la cartografía catastral no queda acreditada en este expediente. Del tenor del artículo 205 de la LH 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 RH, 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.

Resolución de 2-10-2017
(*BOE* 30-10-2017)
Registro de la Propiedad de Herrera del Duque-Puebla de Alcocer

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO: PRESUPUESTOS.

Para la resolución de este expediente son relevantes las siguientes circunstancias de hecho: — Los promotores del expediente, don J., don A. y don A. R. G. adquirieron la finca mediante documento privado de compraventa a don C. C. G., en fecha 2 de octubre de 1997. — La finca registral cuya reanudación del tracto se pretende se encuentra inscrita a favor de don J. A., doña O. y doña A. D. S., que adquirieron por título de herencia según escritura autorizada por la misma notaria recurrente, el día 12 de mayo de 2015, al fallecimiento de la anterior titular, doña A. S. L., acaecido el día 15 de septiembre de 2001. La inscripción de la adquisición anterior, a favor de la causante doña A. S. L., es de fecha 29 de abril de 1982. La Ley 13/2015 de 24 de junio, dio nueva redacción al artículo 208 de la LH contemplando un nuevo procedimiento para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido. En su apartado primero establece que «no se entenderá producida la interrupción del tracto sucesivo cuando la persona a cuyo favor hubiera de practicarse la inscripción haya adquirido su derecho directamente del titular registral o sus herederos. En tal caso, la inscripción únicamente podrá practicarse mediante la presentación del documento en que se hubiera formalizado la adquisición, declaración o constitución del derecho, objeto de la inscripción solicitada». Esta excepcionalidad justifica una comprobación minuciosa por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos y exigencias legalmente prevenidas, a fin de evitar la utilización de este cauce para la vulneración o indebida apropiación de derechos de terceros o para la elusión de las obligaciones fiscales. Cuando la inexactitud entre el pronunciamiento registral y la realidad extrarregistral deriva no de la interrupción en el Registro de esa cadena de titularidades sucesivas, sino de un error u omisión padecido en el título inscrito sobre quién era el verdadero adquirente, se producirá, en efecto, una inexactitud registral, en cuanto divorcio entre aquel pronunciamiento y la realidad, pero no por la interrupción del tracto, sino como consecuencia de aquel error, supuesto que tiene como cauce de rectificación el previsto en el apartado d) del artículo 40 de la LH y no en el

apartado a) de la misma norma. Como es doctrina consolidada de esta Dirección General (cfr. resolución de 2 de noviembre de 2016), el registrador tiene plena autonomía e independencia en el ejercicio de la función calificadora, sin que puede considerarse vinculado por el precedente de calificaciones propias al practicar asientos del mismo o de análogo contenido. La calificación de títulos presentados, incluso en muy breve intervalo de tiempo, o incluso en el mismo día, puede no ser coincidente. En el sistema legal español, el fundamento de los recursos es siempre el Derecho que resulte aplicable, y no el precedente. Y, además, las circunstancias expuestas por la recurrente son notoriamente distintas a las del presente expediente.

Resolución de 2-10-2017
(*BOE* 30-10-2017)
Registro de la Propiedad de Arona

MEDIOS DE PAGO: CONTROL QUE REALIZA EL REGISTRADOR.

Los artículos 21 y 254 de la LH, 24 de la Ley del Notariado y 177 de su Reglamento establecen el régimen jurídico relativo al control de los medios de pago en los actos inscribibles. En el presente caso, de la escritura calificada, otorgada en junio de 2017, se deduce con claridad que el precio total de la compraventa fue de 99.300 euros, de los cuales, 10.000 euros, se pagaron en cumplimiento de un contrato de arras penitenciales celebrado en enero de 2016, por medio de tres pagos en el año 2016, especificándose la fecha e importe de cada uno de esos tres pagos, (el 13 de enero, 1.500 euros; el 19 de enero, 6.000 euros, y el 20 de enero, 2.500 euros) y que el resto del precio total se pagó en dos pagos en el mes de junio de 2017, especificándose también la fecha e importe de cada uno de esos dos pagos finales (a saber, el 2 de junio, 42.000 euros, y el 9 de junio, 47.300 euros). Igualmente, constan reseñados en la escritura, e incorporados como documentos anexos, todos y cada uno de los justificantes documentales de esos cinco pagos parciales referidos. Por lo tanto, los defectos señalados por la Registradora en su nota de calificación han de ser revocados.

Resolución de 2-10-2017
(*BOE* 30-10-2017)
Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 2

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 RH, 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. El hecho de que se haya expedido la certificación de titularidad y cargas, que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, no implica ni su conversión en otra anotación ni su prórroga, ya que las anotaciones solo se prorrogan en la forma establecida en el artículo 86 de la LH. El artículo 86 de la LH es claro a este respecto, al regular la expresa caducidad de las anotaciones preventivas. Ciertamente la certificación de dominio y cargas y su nota marginal tienen una cualificada importancia en el proceso de ejecución, sirviendo de vehículo de conexión entre el procedimiento judicial y las titularidades registrales que recuérdese gozan de presunción de existencia y protección judicial (arts. 1 y 38 de la LH). 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 STS 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.

Resolución de 2-10-2017
(*BOE* 30-10-2017)
Registro de la Propiedad de Montblanc

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS

La situación de hecho es sustancialmente igual a la que provocó las resoluciones de ese Centro Directivo de fechas 3 y 11 de enero, 19 de febrero y 20 y 21 de marzo de 2013, por lo que la doctrina entonces expuesta debe ahora ser reiterada. Como entonces, el cambio de titularidad en el Registro de la Propiedad se produjo en base a un Real Decreto de traspaso de competencias y servicios sirviendo como título la resolución del transmisario en la que así se solicitó. Como afirman las resoluciones citadas es preciso partir de que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1, párrafo tercero, de la LH). Ahora bien, aunque pudiera reconducirse el supuesto de hecho al contenido del artículo 216 de la LH —al expresar en la inscripción alguno de los contenidos del título se altere o varíe su verdadero sentido— no es una discordancia entre el título y el asiento lo que se debate, sino de la interpretación de la norma de cobertura por parte de las Administraciones actuantes. Como ha reiterado este Centro Directivo (por todas, resoluciones de 2 de junio de 2016 y 12 de enero de 2017), toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del RH y de las resoluciones de esta Dirección General relativas a la rectificación del Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la LH). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., por todas, las resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011 y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Resolución de 3-10-2017
(*BOE* 30-10-2017)
Registro de la Propiedad de Tías

CONDICIÓN RESOLUTORIA: EFECTOS DE SU EJERCICIO SOBRE TITULARES POSTERIORES.

En el supuesto de hecho se lleva a cabo la reinscripción a favor de tres personas de distintas fincas como consecuencia del ejercicio, reconocido en sede judicial por sentencia firme, de una condición resolutoria inscrita sobre la finca matriz que había sido objeto de una posterior división en régimen de propiedad horizontal. Sobre las distintas fincas independientes se tomaron en su día distintas anotaciones preventivas de embargo. Ahora, uno de los condueños como consecuencia de la reinscripción solicita, mediante instancia del registrador de la propiedad la cancelación de las cargas posteriores a la condición resolutoria inscrita. El registrador cancela distintas anotaciones que resultaban caducadas

por el transcurso del tiempo y deniega la cancelación de una anotación preventiva de embargo prorrogada y anotada sobre una de las fincas resultantes de la división horizontal. Para que la sentencia por la que se reconoce el efecto resolutorio despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores —cuando no se haya anotado preventivamente la demanda de resolución— es necesario que estos al menos hayan sido citados en el procedimiento, lo que no resulta del expediente en el que la solicitud de cancelación se fundamenta exclusivamente en el supuesto efecto cancelatorio de la condición resolutoria y de la decisión judicial que reconoce su ejercicio. Es cierto que la inscripción de la condición resolutoria publica su existencia, pero una cosa es dar publicidad a la condición, y otra al desenvolvimiento de la misma mediante la oportuna demanda judicial, momento en el que se pone en juego un nuevo derecho, el de tutela judicial efectiva, que no resulta suficientemente protegido mediante la simple constancia registral de la condición, sino que requiere, además, que se acredite que los terceros adquirentes y titulares de cargas posteriores han tenido la posibilidad de intervenir en el proceso, algo que solo puede obtenerse si son demandados o se les notifica la existencia del mismo al tiempo de admitirse la demanda, y en todo caso antes de que se dicte la sentencia y con posibilidad efectiva de intervenir en el procedimiento en defensa de sus derechos. En definitiva, el ejercicio de la facultad de purga de asientos posteriores procedente de la condición resolutoria exige, bien que se hubiera anotado con anterioridad la demanda de su ejecución en el Registro, bien la intervención de los titulares de los indicados asientos en el procedimiento de resolución correspondiente para evitar su indefensión.

Resolución de 4-10-2017
(*BOE* 30-10-2017)
Registro de la Propiedad de Vitoria, número 5

HERENCIA: PARTICIÓN REALIZADA POR CONTADOR PARTIDOR TESTAMENTARIO.

En primer lugar, hay que determinar si, como sostiene la registradora, esta falta de adjudicación a los herederos, habidas las circunstancias de un neto de cero euros, suponen una renuncia a la herencia con las consiguientes exigencias de su formulación en instrumento público. No habiéndose producido la forma solemne que exige el artículo 1008 del Código Civil, no hay tal renuncia de herencia. No habiéndose producido la renuncia de herencia, los efectos son distintos porque, como bien sostiene la recurrente, la vinculación de los herederos a la herencia continúa en el sentido de que si apareciesen otros bienes que no se conocían al hacer el inventario, mantienen sus derechos indemnes. Y desde el punto de vista de las deudas, continúan como herederos respondiendo frente a los acreedores, si bien, tras la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil del País Vasco, la responsabilidad lo será de forma limitada al caudal hereditario. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.* «Vistos»), que siendo practicada la partición por el contador-partidor, no es necesaria la intervención de los herederos. Desde la Resolución de 24 de marzo de 2001, cuya doctrina ha sido reiterada en numerosas otras de este Centro Directivo (*vid.* «Vistos»), no puede mantenerse el defecto de falta de consentimiento de los herederos legitimarios, cuando la partición ha sido otorgada por el contador-partidor designado por el

testador; y esta partición es válida mientras no se impugne judicialmente. Pero también establece la doctrina de este Centro Directivo, (por todas, la resolución de 22 de julio de 2016) que esa partición es inscribible siempre dentro de los límites de las funciones del contador-partidor, esto es, que del título particional no resulte extralimitación en esas funciones. En el supuesto del presente expediente, en el nombramiento de albaceas, contadores-partidores que se realiza en el testamento, no se atribuyen al albacea contador partidor facultades expresas, por lo que ha de entenderse que sus facultades son las legales (arts. 902 y 903 del Código Civil), entre cuyas facultades no se encuentran las de realizar actos de disposición, con la excepción de lo previsto en el artículo 903. Por lo tanto, en el supuesto de este expediente, al haber sido adjudicado todo el activo y pasivo a la viuda, y por lo tanto realizarse un acto sin consentimiento de los interesados con facultades de libre disposición de los bienes, existe extralimitación en las funciones del contador-partidor. En consecuencia, se precisa el consentimiento de estos recogido de forma fehaciente.

Resolución de 4-10-2017
(*BOE* 30-10-2017)
Registro de la Propiedad de Vélez Málaga, número 2

CALIFICACIÓN REGISTRAL: SUCESIVAS NOTAS DE CALIFICACIÓN DEL DOCUMENTO.

Resulta necesario recordar la doctrina de este Centro Directivo en relación con la reiteración de calificaciones anteriores y el diferente tratamiento procedimental que les corresponde según que tengan lugar por la aportación, durante la vigencia del inicial asiento de presentación, de la misma documentación ya calificada sin documentación subsanatoria alguna, o bien con documentación complementaria o subsanatoria que, sin embargo, a juicio del registrador, no sea suficiente para levantar el obstáculo registral señalado en la calificación inicial. La segunda (tercera en nuestro caso) nota de calificación no podía ser la misma: primero, por cuanto declara en distinta fecha no subsanado el defecto a la vista de la nueva documentación aportada; pero sobre todo, y segundo, porque la contención versa ahora no ya sobre la existencia del defecto antiguo sino sobre la habilidad del nuevo documento presentado para subsanar el apreciado en la primera nota. Procede por tanto en tales hipótesis resolver la impugnación planteada en el recurso interpuesto contra la nueva nota de calificación que rechaza la subsanación. En este sentido ha de manifestarse que de conformidad con el artículo 326 de la LH el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador rechazándose cualquier otra pretensión basada en documentos no presentados en tiempo y forma. Ciertamente, la calificación ha de ser unitaria y global (art. 258.5 de la LH), por lo que el registrador de la propiedad debe extremar su celo para evitar que una sucesión de calificaciones relativas al mismo documento y a la misma presentación, genere una inseguridad jurídica en el rogante de su ministerio incompatible con la finalidad y eficacia del Registro de la Propiedad. Pero, por una parte, también tiene declarado este Centro Directivo que las consideraciones anteriores no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad, lo que justifica la necesidad de poner de manifiesto los defectos que se observen

aun cuando sea extemporáneamente. Por otra parte, caducados los asientos de presentación anteriores de un documento, el artículo 108 del RH permite volver a presentar dichos títulos que pueden ser objeto de una nueva calificación, en la que el registrador —él mismo, o quien le suceda en el cargo— puede mantener su anterior criterio o variarlo, si lo estimase justo. Como ha reiterado asimismo esta Dirección General, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación.

Resolución de 4-10-2017
(*BOE* 30-10-2017)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 15

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

Se discute en el presente expediente si procede practicar una anotación preventiva de demanda respecto de una finca registral cuando en el momento de la presentación del mandamiento ordenando la traba de la misma la finca resulta inscrita a favor de un tercero que no ha sido demandado en el procedimiento judicial correspondiente. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que a tenor de lo señalado en el artículo 326 de nuestra LH, el recurso solo puede versar sobre los pronunciamientos señalados por el registrador en su nota de calificación y en atención a las circunstancias contenidas en el título o los títulos presentados para la calificación, no pudiendo apoyarse en otros documentos ajenos a dicha presentación y que se incorporen en el trámite de alegaciones. Entrando ya en la cuestión sustantiva reseñada por la registradora objeto de controversia en el recurso, este mismo asunto fue tratado por la resolución de este Centro Directivo de 14 de septiembre de 2017, si bien respecto a fincas radicantes en otro Registro, por lo que no cabe sino confirmar lo resuelto en aquella ocasión. Debe afirmarse que entre los principios de nuestro Derecho hipotecario es básico el de tracto sucesivo, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la LH). Este principio está íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la LH En efecto, las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar la suspensión de la nota recurrida, toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra el titular registral, sin que pueda alegarse en contra, la limitación del ámbito calificador respecto de los mandamientos judiciales, pues el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (art. 24 de la Constitución Española) impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han tenido parte en él ni han intervenido en manera alguna. Respecto de la finca registral cuyo titular registral es la mercantil «Polivila, S.L.», por aportación realizada por don A. L. B., exige acudir a la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Pero esa decisión sobre el levantamiento del velo, no puede tomarse al margen de un procedimiento civil entablado contra la propia sociedad titular del bien (cfr. arts. 24 de la Constitución Española y 1, 40 y 82

de la LH), salvo en los supuestos legalmente admitidos, que como se ha visto son excepcionales y de interpretación restrictiva. Entre los cuales se encuentra el artículo 20 de la LH, párrafo último.

Resolución de 5-10-2017
(*BOE* 31-10-2017)
Registro de la Propiedad de Pola de Siero

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. ANOTACIÓN DE EMBARGO: EFECTO CANCELATORIO DE CARGAS POSTERIORES.

Por lo tanto, 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 LH. 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. El recurrente entiende que al practicarse la inscripción de la cesión del préstamo hipotecario en fecha posterior a la anotación de embargo se trata de una carga posterior y debe cancelarse o, en su defecto, debió señalar el registrador la razón de no proceder a su cancelación. Los efectos cancelatorios del mandamiento derivado del procedimiento de la anotación letra A solo pueden extenderse a las cargas posteriores, si las hubiere como por otra parte resulta de los artículos 110 del Reglamento General de Recaudación y 175.2 del RH y, por tanto, subsisten las anteriores, que quedan vigentes. Por lo tanto no procede en virtud de los títulos presentados la cancelación de la hipoteca previa, ni tampoco el mantenimiento de dicha carga a favor de su titular anterior la entidad «Liberbank, S.A.». En nada cambia lo anterior el hecho de que en la certificación administrativa de adjudicación se refieran a la finca como libre de cargas pues en la certificación registral expedida como consecuencia del procedimiento y obrante en el expediente figuraba la misma.

Resolución de 5-10-2017
(*BOE* 31-10-2017)
Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR.

La cuestión objeto de este expediente ha sido objeto de tratamiento por este Centro Directivo de forma reiterada en fechas muy recientes. En concreto 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. Hay que partir, en primer lugar, del artículo 132.1.º de la LH, que extiende la calificación registral a los

efectos de las inscripciones y cancelaciones a que dé lugar el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, entre otros extremos, al siguiente: «Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento». Por su parte, el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que la demanda ejecutiva se dirija «frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes». Y el artículo 686 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil regula el requerimiento de pago estableciendo que «en el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro». La sentencia del Tribunal Constitucional número 79/2013, de 8 de abril, sienta «doctrina sobre la proyección que desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tiene la inscripción registral y su publicidad» en un procedimiento de ejecución hipotecaria y en especial «la cuestión relativa a la constitución de la relación jurídico procesal» en este tipo de procedimientos «en relación con el titular de la finca que ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad». 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. En el decreto aclaratorio de 8 de marzo de 2017, que sí fue debidamente presentado en el Registro, consta que los cónyuges actuales titulares de la finca han formulado oposición y que la misma ha sido desestimada. Y aunque no figure el fundamento de dicha oposición sí queda suficientemente acreditado que los citados titulares registrales han tenido intervención directa en el procedimiento de ejecución, no pudiendo por tanto entenderse que ha existido indefensión en los términos antes indicados. Desestimada la oposición y finalizado el procedimiento, no puede la registradora cuestionar dicha decisión judicial, conforme a lo señalado en el artículo 100 del RH.

Resolución de 5-10-2017
(*BOE* 31-10-2017)
Registro de la Propiedad de Leganés

ANOTACIÓN PREVENTIVA: CADUCIDAD.

El artículo 86 de la LH determina que las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquellas que tengan señalado en la Ley un plazo más breve, pudiendo prorrogarse por un plazo de cuatro años más siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento. Es reiterada doctrina de este Centro Directivo que, habiéndose presentado, con independencia de la fecha de expedición, el mandamiento ordenando la prórroga, transcurridos los cuatro años de vigencia de la anotación, se ha producido la caducidad de esta. Esta caducidad opera de forma automática «*ipso iure*».

Resolución de 9-10-2017
(*BOE* 31-10-2017)
Registro de la Propiedad de Arteixo

HIPOTECA: CANCELACIÓN BASADA EN RENUNCIA.

El artículo 82 de la LH 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. Según la doctrina de este Centro Directivo (*vid.* las resoluciones de 2 de noviembre de 1992, 27 de septiembre de 1999, 12 de septiembre y 2 de diciembre de 2000, 24 y 26 de septiembre de 2005 y 14 de julio de 2015), este precepto no puede interpretarse de forma aislada, sino en congruencia con el conjunto del ordenamiento, y de él resulta que la admisión del puro consentimiento formal como título bastante para la cancelación no se conviene con las exigencias de nuestro sistema registral, que responde, a su vez, al sistema civil causalista que exige la existencia y expresión de la causa que fundamenta dicha cancelación. Ahora bien, como expresan las resoluciones citadas en el párrafo anterior, 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 LH.

Resolución de 10-10-2017
(*BOE* 31-10-2017)
Registro de la Propiedad de Cifuentes.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS. CASAS SUPERPUESTAS O ENGALABERNOS: RÉGIMEN JURÍDICO.

El artículo 205 de la LH, en su redacción tras la Ley 13/2015, de 24 de junio, recoge expresamente este requisito al permitir la inmatriculación mediante el título público de adquisición cuando se acredite «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. Como tiene señalado este Centro Directivo, las exigencias impuestas para la registración de obras nuevas son aplicables a los supuestos de inmatriculación de edificaciones (cfr. resoluciones de 17 de febrero y 6 de julio de 2005 y 30 de abril de 2011), de modo que el artículo 28 de la Ley de Suelo es aplicable a toda hipótesis de acceso al Registro de las edificaciones, ya que si uno de los modos en que tales edificaciones pueden tener acceso es su descripción en los títulos referentes al

inmueble (arts. 202 de la LH y 308 de su Reglamento), no hay duda de la aplicación al supuesto del citado precepto. Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo, la finalidad que realmente persigue la coincidencia catastral que exigía el citado artículo 53 es la de fomentar la razonable coordinación entre la finca registral desde el momento mismo de su inmatriculación con el inmueble previamente catastrado. Para lo cual, desde la Ley 13/1996, se ha decidido claramente evitar que surjan nuevas fincas registrales por inmatriculación que no sean coincidentes «ab initio», en su ubicación y delimitación geográfica, con uno o varios inmuebles catastrales concretos. Tras la derogación de dicha norma por la disposición derogatoria única Ley 13/2015, el contenido de dicha exigencia se ha trasladado a los artículos 203 y 205 de la LH, de manera que, en la inmatriculación que se pretenda al amparo de dichos preceptos, la aportación de certificación catastral descriptiva y gráfica sigue siendo requisito propio de la inmatriculación, así como instrumento imprescindible para incorporar la representación gráfica de la finca a los libro del Registro, y requisito esencial para practicar la primera inscripción de una finca en los libros del Registro. Este criterio, sin embargo, ha sido matizado en la doctrina más reciente, de tal manera que la verdadera identidad en la descripción del título y la que resulta de la certificación catastral debe extenderse únicamente a la ubicación, la fijación de linderos y perímetro de la parcela registral y catastral, descartando así construcciones o edificaciones existentes sobre la misma. En cuanto a las dudas de que el patio incluido en la descripción de la finca pueda tratarse de dominio público, hay que recordar que el modo de proceder del registrador en tales casos es el previsto en el artículo 205. Como ya ha señalado esta Dirección General (cfr. resolución de 18 de abril de 2016), en base a esta configuración del inmueble que se pretende inmatricular, debe admitirse que es un hecho —a veces motivado por razones históricas de configuración urbanística de determinadas ciudades, o por las simples condiciones del terreno— la existencia del fenómeno constructivo relativo a la superposición de inmuebles, de modo que la edificación de uno de ellos se realiza, en parte, sobre el vuelo de otro, dando lugar a situaciones de inmisión de algunas habitaciones u otros elementos del inmueble en distinto edificio. Estas situaciones, que según los casos reciben denominaciones como las de «casas superpuestas», «casas a caballo», «casas empotradas», o la más técnica de «engalabernos», pueden configurarse jurídicamente por distintas vías, atendiendo a las diferentes circunstancias del caso concreto. La multiplicidad de situaciones fácticas posible en esta materia determina la no imposición de construcciones jurídicas específicas, sino, al contrario, de reconocimiento a los particulares de la facultad de elección del instrumento jurídico que, entre los varios que proporciona el ordenamiento, resulte más adecuado al caso concreto en función de sus características peculiares y de los fines o intereses perseguidos. Ahora bien, esta libertad de configuración debe moverse dentro del respeto a las exigencias estructurales del sistema y a los límites derivados de la trascendencia «*erga omnes*» del *status* jurídico de los bienes. No cabe inmatricular sin efectuar las anteriores operaciones y presentar simultáneamente los documentos públicos que las recojan, una finca que se ubica, aunque sea en parte, sobre otra previamente inmatriculada, pues en todo caso va a ser necesario el consentimiento expreso del titular de esta —y, en su caso, el de todos los demás titulares registrales—, debidamente formalizado, o subsidiariamente, una sentencia judicial en procedimiento en el que todos ellos hayan sido demandados.

Resolución de 10-10-2017
(*BOE* 31-10-2017)
Registro de la Propiedad de Badajoz, número 1

CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS. PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199: MOTIVOS DE DENEGACIÓN.

Como ha reiterado asimismo esta Dirección General, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Es doctrina de este Centro Directivo que cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. Del análisis de la nota de calificación de este expediente se deduce lo siguiente: Se señalan las dudas que a juicio del registrador impiden la inscripción de la representación gráfica, y los fundamentos en los que se apoya para justificarlas —que podrán o no ser acertados—. En consecuencia, es evidente que la calificación está suficientemente motivada. De conformidad con los artículos 9 y 199 de la LH, a la hora de inscribir una base gráfica, las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 de la LH y resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016). Como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. En el presente caso, resultan justificadas las dudas del registrador, al ponerse de manifiesto la oposición expresa de la administración pública a la inscripción de la representación gráfica. Oposición que, no obstante la parquedad de los términos en que se pronuncia, es terminante y además se acompaña de plano de medición elaborado por el servicio de coordinación y gestión urbanística del ayuntamiento de Badajoz. Aunque, como señala el artículo 199, «la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes no determina necesariamente la denegación de la inscripción», ello no puede entenderse en el sentido de que no sean tenidas en cuenta tales alegaciones para formar el juicio del registrador, especialmente cuando se trata de la oposición de la administración pública, que además es la única colindante, poniendo de manifiesto una situación de alteración de la configuración física de la finca que implicaría invasión de dominio público, circunstancia proscrita por la legislación hipotecaria, según ha quedado expuesto en los fundamentos anteriores. En cuanto a la alegación de los recurrentes relativa a la extemporaneidad de las alegaciones, es cierto que las mismas se han formulado una vez concluido el plazo de 20 días que prevé el artículo 199 de la LH; sin embargo, la recepción de tales alegaciones en el registro se produce dentro del plazo previsto en el artículo 18 de la LH para la calificación de la

documentación. Estando la actuación del registrador de la propiedad presidida por el principio de legalidad, este debe prevalecer en todo caso, por lo que no cabe sino concluir que fue correcta la actuación del registrador al tomar en consideración tales alegaciones procedentes de una administración pública a fin de preservar el dominio público de una posible invasión.

Resolución de 10-10-2017
(*BOE* 31-10-2017)
Registro de la Propiedad de Santoña

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO SEGUIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

En primer lugar conviene recordar que es doctrina reiterada de este Centro Directivo que las exigencias del principio de tracto sucesivo confirman la postura del registrador toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra los titulares registrales, sin que pudiera alegarse en contra la limitación del ámbito calificador respecto de los mandamientos administrativos, pues, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos, impide extender las consecuencias de un procedimiento a quienes no han tenido parte en él ni han intervenido en manera alguna, exigencia esta que en el ámbito registral determina la imposibilidad de practicar asientos que comprometen una titularidad inscrita si, o bien consta el consentimiento de su titular, o que este haya sido parte en el procedimiento de que se trata.

Resolución de 10-10-2017
(*BOE* 31-10-2017)
Registro de la Propiedad de Torrijos

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 RH, 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. El hecho de que se haya expedido la certificación de titularidad y cargas, que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, no implica ni su conversión en otra anotación ni su prórroga, ya que las anotaciones solo se prorrogan en la forma establecida en el artículo 86 de la LH. El artículo 86 de la LH es claro a este respecto, al regular la expresa caducidad de las anotaciones preventivas. Ciertamente la certificación de dominio y cargas y su nota marginal tienen una cualificada importancia en el proceso de ejecución, sirviendo de vehículo de conexión entre el procedimiento judicial y las titularidades registrales que recuérdese gozan de presunción de existencia y protección judicial (arts. 1 y 38 de la LH). 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 STS 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.

Resolución de 11-10-2017
(*BOE* 6-11-2017)
Registro de la Propiedad de Vitoria, número 3

AUTOCONTRATO: INTERESES CONTRAPUESTOS.

Tanto la registradora como el notario recurrente concuerdan en 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. Por ello, debe decidirse si se trata o no de un supuesto en que exista autocontrato o contraposición de intereses. Como puso de relieve esta Dirección General en resolución de 15 de junio de 2004, el problema central que plantea la figura de la autocontratación consiste en la determinación del alcance que deba atribuirse a la protección de los intereses susceptibles de ser perjudicados por una determinada forma de actuación del representante porque, al concurrir dos o más esferas jurídicas susceptibles de vinculación por una sola persona, cabe que el vínculo negocial que se constituya por ella se establezca en su provecho o en el de un tercero con detrimento de los legítimos intereses de alguno o de todos los representados. En el presente caso no se trata de un contrato oneroso del que se deriven recíprocas obligaciones entre representante y representada, en el que por su naturaleza habría intereses contrapuestos. Aunque la apoderada, como nudo propietaria del bien vendido, pueda tener unos intereses distintos a los de su madre representada, usufructuaria del mismo, e, incluso, entre uno y otro derecho sobre el mismo objeto se da en abstracto una contraposición natural, por cuanto el usufructo limita el derecho del propietario, el cual, por la elasticidad de la propiedad, recupera las facultades integradas en el derecho limitativo cuando este se extinga (*vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004), lo cierto es que atendiendo a las circunstancias concurrentes y a las estipulaciones del negocio documentado debe negarse que exista conflicto de intereses, pues de aquéllas resulta una perfecta compatibilidad en la satisfacción de los intereses de la nudo propietaria sin sacrificio alguno de los de la usufructuaria.

Resolución de 11-10-2017
(*BOE* 6-11-2017)
Registro de la Propiedad de La Vecilla

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO INSCRIBIBLE CUANDO NO HAY CONEXIÓN CON UN PROCESO DE CRISIS MATRIMONIAL.

El convenio regulador aprobado en un proceso de separación, nulidad y divorcio se encuentra regulado en los artículos 769 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras que el procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial está regulado en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como es sabido, y así ha tenido consideración de pronunciarse al respecto este Centro Directivo, el convenio regulador como negocio jurídico —tanto en su vertiente material como formal— propio y específico, goza de una aptitud privilegiada a los efectos de permitir su acceso a los libros del Registro. Si bien no deja de ser un acuerdo privado, la preceptiva aprobación judicial del mismo y el reconocimiento que se le confiere en los artículos 90 y siguientes del Código Civil, establecen un marco válido para producir asientos registrales definitivos, siempre que las cláusulas del mismo no excedan de su contenido típico y normal, como pudiera predicarse de la liquidación del régimen económico matrimonial. Por el contrario, la mera homologación judicial de un acuerdo privado relativo a un proceso, que iniciado

por demanda, acaba en acuerdo transaccional no puede ni debe tener acceso al Registro, tal y como ha consolidado este Centro Directivo en su doctrina más reciente y reiterada, debiendo ser objeto de elevación a escritura pública notarial si se pretende su incorporación a los libros del Registro. En el supuesto de hecho planteado en este recurso, de los antecedentes de hecho que sirven de base a la sentencia no resulta en ningún caso la relación de este proceso con el previo de nulidad, separación o divorcio, sin perjuicio de que pueda presentarse nuevamente la documentación y obtener una nueva calificación (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 13-10-2017
(*BOE* 6-11-2017)
Registro de la Propiedad de Aldaia

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 16-10-2017
(*BOE* 6-11-2017)
Registro de la Propiedad de Ibi

SOCIEDAD DE GANANCIALES: LIQUIDACIÓN EN UNA ESCRITURA POSTERIOR AL CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO.

El artículo 90 del Código Civil recoge los contenidos del convenio regulador. Se trata del contenido típico del convenio regulador, contenido mínimo siempre que tales extremos, como ahora explícitamente recoge el artículo 90 Código Civil tras la reforma por la Ley 15/2015, fueran aplicables. Sin embargo, se ha mantenido en la doctrina la duda de si de tal previsión legal se desprende la obligatoriedad de incluir la liquidación de la sociedad de gananciales. Este Centro Directivo en resoluciones de 6 de septiembre de 2005, 19 de julio de 2011 y 24 de octubre de 2014, considera que, aunque la liquidación puede hacerse en el convenio regulador, ello no implica que deba hacerse necesariamente en el mismo, pues el artículo 90 Código Civil no la impone con carácter obligatorio. En este sentido el Tribunal Supremo ha permitido que una escritura posterior pueda modificar cuestiones estrictamente patrimoniales del convenio regulador aprobadas por sentencia. Por otro lado, cabe plantearse la necesidad de aportar el convenio regulador a efectos de practicar la inscripción, en el caso como en el presente de que existiera la posibilidad de atribución del uso de la vivienda habitual y una menor de edad. Este Centro Directivo ha tenido la oportunidad de pronunciarse recientemente en resolución de 20 de octubre de 2016. En base a esta doctrina, sí que es necesario aportar el convenio regulador para que la registradora de la propiedad, en base al ejercicio de su función calificadora, pueda comprobar si se ha atribuido el uso de la vivienda familiar a la hija menor de edad acordada por los padres.

Resolución de 16-10-2017
(*BOE* 6-11-2017)
Registro de la Propiedad de Majadahonda, número 1

SERVIDUMBRE: MODIFICACIÓN DE LA YA INSCRITA.

La inscripción de la servidumbre debe realizarse en los folios de las fincas sirvientes y con el consentimiento de los titulares de dichas fincas sirvientes gravadas. Es en estos folios donde deben practicarse los gravámenes sobre las fincas. Así resulta con toda claridad del artículo 13 de la Ley Hipotecaria. Ciertamente, el mismo artículo 13, en su apartado segundo, establece la posibilidad de que también se haga constar en el folio de la finca dominante, pero como referencia a los folios de las fincas sirvientes, por cuanto, como se ha dicho el gravamen se inscribe en el folio de la finca sirviente y con el consentimiento de los titulares de la finca sirviente, no se inscribe propiamente en el folio de la finca dominante. Debe afirmarse que entre los principios de nuestro Derecho hipotecario es básico el de tracto sucesivo, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la Ley Hipotecaria). Este principio está íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria. La presunción «*iuris tantum*»

de exactitud de los pronunciamientos del Registro así como el reconocimiento de legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular. En efecto, las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar la denegación de la nota recurrida, toda vez que no cabe plantear la modificación de la descripción de las servidumbres mencionada cuando los predios sirvientes han sido objeto de división horizontal y posterior transmisión, según resulta de los historiales registrales aportados en el propio expediente. Si los recurrentes consideran que la inscripción es inexacta deberá procederse a la rectificación del mismo en los términos contenidos en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria y concordantes.

Resolución de 16-10-2017
(*BOE* 6-11-2017)
Registro de la Propiedad de Lepe

RECURSO GUBERNATIVO: CASOS EN QUE EL REGISTRADOR A CARGO DEL REGISTRO EN EL MOMENTO DEL RECURSO ES DISTINTO DEL QUE EMITIÓ LA CALIFICACIÓN. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ACREDITACIÓN ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY 24/2001. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: FINCA INSCRITA A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DE LA QUE OTORGA EL TÍTULO.

Como cuestión previa, cabe plantearse cuál ha de ser la relevancia y repercusión procedimental del hecho, cuando concurra, como ocurre en el presente caso, de que el registrador que esté legalmente a cargo de un Registro cuando se presenta un recurso contra una nota de calificación, sea distinto del que dictó la nota de calificación recurrida. A este respecto, ha de partirse del artículo 327 de la Ley Hipotecaria. La redacción de citado precepto, en tanto que habla del «registrador que realizó la calificación», parte de suponer que, como ocurre en la inmensa mayoría de los casos, el registrador que realizó la calificación siga estando a cargo del mismo Registro de la Propiedad cuando se interponga el recurso, judicial o potestativo, contra dicha nota de calificación. Pero en el caso, menos habitual, pero nada infrecuente, de que el registrador a cargo del Registro en el momento de interponerse el recurso sea otro distinto de quien dictó la nota de calificación recurrida, ya sea en concepto de nuevo titular, o como registrador interino o accidental, no cabe duda de que será precisamente ese nuevo registrador a cargo del mismo Registro de la Propiedad, y no el anterior que dictó la nota de calificación, quien ha de decidir si mantiene, ratifica y hace suya, o por el contrario rectifica la nota de calificación de su antecesor. Debe tenerse en cuenta que, a la vista de la citada escritura, la aseveración del notario, fue, literalmente, la de que «dicha copia de poder, que hallo bastante, acompañará a la que de esta se expida a los fines de justificación». Y que tal autorización notarial se produjo en el año 1989, y por tanto antes de la entrada en vigor del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. Por lo tanto, al no haberse acompañado dicha escritura de poder para su calificación por el registrador, el primer defecto ha de ser confirmado, y desestimado el recurso en este punto. Es evidente, como resulta entre otros de los artículos 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria, que si en el momento de presentar en el Registro de la Propiedad una escritura de rectificación de una compraventa ya inscrita, ni la finca vendida consta ya inscrita a nombre del vendedor, ni la finca comprada consta ya inscrita a nombre de la

compradora, tal rectificación no puede acceder al Registro de la Propiedad sin el necesario el consentimiento de los titulares registrales actuales de las fincas afectadas por la rectificación, como acertadamente señaló el registrador en su nota de calificación.

Resolución de 17-10-2017
(*BOE* 11-11-2017)
Registro de la Propiedad de Granollers, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El recurso no puede prosperar dado que solo cabe interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando el registrador califica negativamente el título, sea total o parcialmente. En este mismo sentido el artículo 324 de la Ley Hipotecaria comienza señalando que «las calificaciones negativas del registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y según los trámites previstos en los artículos siguientes…», añadiendo el artículo 326 que «el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma». Una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria), por tanto, conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados.

Resolución de 17-10-2017
(*BOE* 11-11-2017)
Registro de la Propiedad de Burjassot

HERENCIA: RENUNCIA Y POSIBLE RECTIFICACIÓN POR HABER PADECIDO ERROR EL RENUNCIANTE.

Conforme el artículo 997 del Código Civil, la aceptación y repudiación de la herencia, «una vez hechas» son irrevocables y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido. Según el artículo 26 de la Ley del Notariado, se admitirán las adiciones y apostillas que se subsanen en escritura posterior o se salven al fin del documento notarial con la aprobación expresa y firma de los otorgantes que deban suscribir el documento. El desarrollo de este principio se realiza en el artículo 153 del Reglamento Notarial. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2003 nos dice, en relación a una repudiación de herencia respecto a la que se alegaba su ineficacia por el error vicio en la declaración, que «la norma de irrevocabilidad de la aceptación y de la repudiación de la herencia, es una norma imperativa cuya aplicación no puede ser eludida por la parte una vez emitida la declaración de voluntad en que consiste, ni

puede ser dejada sin efecto por actos o declaraciones de voluntad en contrario, cualquiera que sea la proximidad en el tiempo entre estos actos o declaraciones de voluntad y la repudiación de la herencia, y que el artículo 997 no establece distinción alguna a este respecto.». En esta rectificación con consentimiento de los otorgantes sí podríamos encajar los casos de rectificación por error vicio, pero ello debería tener, según lo dicho, un tratamiento documental distinto, lo que puede ser determinante de unas distintas consecuencias jurídicas, al menos en el plano notarial y registral. Y debe también precisarse que esa rectificación no de oficio o voluntaria deben consentirla no ya solo los otorgantes, a los que se refiere el artículo 153 del Reglamento Notarial, sino todos los afectados por la misma. En el concreto supuesto, a través de las manifestaciones de los otorgantes en la escritura de subsanación, se deduce que se trata de un error en el consentimiento, posiblemente en su modalidad de error de derecho, según lo dicho, pues los efectos jurídicos del acto realizado parecen no ser los que los otorgantes pretendían, en cuanto sustituyen una repudiación pura y simple por una renuncia traslativa, pero no es clara tal apreciación ya que la declaración de voluntad inicial se había producido previamente informada por el notario autorizante, e incluso cabría cuestionar que el error de derecho fuera admisible como causa de impugnación de la repudiación, dada la restrictiva admisión del mismo ya aludida. Pero aun admitiendo la eficacia esa clase de error en esta materia, es claro que para producir efectos en el ámbito notarial y registral la rectificación siempre deberá ser consentida por todos los posibles afectados por la misma.

Resolución de 18-10-2017
(*BOE* 11-11-2017)
Registro de la Propiedad de Guadix

EXPEDIENTE DE DOMINIO NOTARIAL PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

Como se ha reiterado por esta Dirección General, no hay verdadera interrupción del tracto cuando los promotores adquirieron del titular registral o de sus herederos (cfr. resoluciones 18 de marzo de 2000, 17 de febrero de 2012 y 2 y 23 de octubre de 2014).Esta doctrina, además, ha sido elevada a rango legal por la Ley 13/2015, de 24 de junio, que da nueva redacción al artículo 208 de la Ley Hipotecaria. Las resoluciones de 14 de abril y 10 de noviembre de 2016, matizaron esta doctrina para los casos en los que el promotor del expediente adquirió, no de todos, sino solo de alguno o algunos de los herederos del titular registral. En el presente caso, consta documentada públicamente toda la cadena de titularidades desde la titular registral cuyo tracto se pretende reanudar hasta los titulares actuales de las restantes participaciones indivisas; a excepción del primero de los títulos por el que la titular transmite a su cónyuge la participación indivisa objeto del procedimiento. Por tanto faltando únicamente la documentación pública de la transmisión hereditaria efectuada de la titular registral a su cónyuge, no existe una verdadera interrupción del tracto. En este punto debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 19 de septiembre y 7 de diciembre de 2012, 24 de marzo de 2015 o 13 de julio de 2017) que admite el expediente de dominio, incluso en aquellos casos donde no hay verdadera ruptura de tracto, cuando la obtención de la titulación ordinaria revista una extraordinaria dificultad, que daría lugar a formalismos inadecuados. Hechas

estas consideraciones, debemos concluir que en el presente caso debe admitirse el expediente de dominio como medio para reanudar el tracto, de modo que el promotor pueda lograr la inscripción de su derecho, en forma similar a como ya se resolvió en las Resoluciones de 24 de marzo de 2015 y 13 de julio de 2017. En las especialidades para la tramitación de este procedimiento que señala el artículo 208 de la Ley Hipotecaria, no se hace referencia específica a la legitimación para promoverlo. La regla segunda del artículo 208 de la Ley Hipotecaria se remite para la tramitación del procedimiento para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido a lo previsto en el artículo 203 de la misma Ley. Este precepto hace referencia a la legitimación al señalar que se iniciará el procedimiento mediante solicitud por escrito del titular dominical de la finca. En el título se alega que dichas personas son los actuales titulares dominicales de la finca, en virtud de una serie de títulos (entre ellos una segregación), que no han accedido al Registro. En el caso que nos ocupa no ha sido siquiera alegada representación alguna ni se ha acreditado la ratificación correspondiente. Pero es que, además, tampoco han tenido intervención alguna a lo largo del procedimiento tales personas designadas como interesados en el acta. Como ya ha indicado este Centro Directivo, en base al artículo 425 RH, la sola presentación de un documento en el Registro implica la petición de la extensión de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse, siendo competencia del registrador la determinación de cuáles sean estos, sin que el principio registral de rogación imponga otras exigencias formales añadidas. Por ello, en coherencia con lo anterior, los artículos 19 bis de la Ley Hipotecaria y 434 de su Reglamento prevén que en caso de calificación negativa parcial del documento presentado, el registrador debe notificar el defecto por él apreciado, a la vista de lo cual el presentante o el interesado podrán solicitar la inscripción parcial del documento, sin perjuicio de su derecho a recurrir en cuanto a lo no inscrito (cfr. resoluciones de 11 de febrero de 1998, 20 de julio de 2006 y 12 de enero de 2012).

Resolución de 18-10-2017
(*BOE* 11-11-2017)
Registro de la Propiedad de Icod de los Vinos

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: HERENCIA YACENTE.

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. 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. En el presente supuesto, la renuncia se produjo con anterioridad a la tramitación del procedimiento. En el curso de este, se notificó a la viuda y a la hija del causante y a su hermana. Las dos primeras aportaron sendas copias de escrituras públicas de renuncia a la herencia de su difunto esposo y padre, respectivamente. Se han realizado distintas averiguaciones para tratar de identificar y citar a los posibles herederos del causante. Aunque la viuda y la hija acreditan que han renunciado a la herencia, la hermana, posible heredera intestada del causante (art. 946 del Código Civil), ha comparecido sin que conste que haya realizado pronunciamiento alguno respecto a la ejecución. A la vista de ello, y teniendo en cuenta la doctrina antes expuesta según la cual el nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en un trámite excesivamente gravoso debiendo 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, ha de entenderse que, en este caso, no existe indefensión, al haberse notificado al menos a una de las posibles herederas del titular registral.

Resolución de 18-10-2017
(*BOE* 11-11-2017)
Registro de la Propiedad de Cáceres, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: HERENCIA YACENTE.

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 y mandamiento presentados 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 P. S. R., por lo tanto no cabe sino la confirmación del defecto observado. Bien es cierto que de la documentación presentada junto al escrito de recurso resulta que el procedimiento se inició originariamente frente al ejecutado en vida de este, produciéndose posteriormente su fallecimiento, sin que conste si otorgó testamento, y que han intervenido distintas personas en condición de herederos que se personaron en el procedimiento en orden a renunciar a la herencia. No obstante no procede analizar en este supuesto la citada documentación pues, como se ha dicho anteriormente, no pudo ser analizada por la registradora en

el momento de efectuar la calificación recurrida. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de su presentación, junto con los títulos calificados, en el Registro de la Propiedad con la finalidad de obtener una nueva calificación.

Resolución de 19-10-2017
(*BOE* 11-11-2017)
Registro de la Propiedad de Ceuta

CEUTA Y MELILLA: NORMATIVA QUE IMPONE LIMITACIONES PARA CIERTOS ACTOS JURÍDICOS.

Respecto al problema de las normas de aplicación normativa, es indudable que hay especificas determinaciones legales aplicables en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla por razón de defensa nacional, independientemente de lo ya dispuesto en la Ley 8/1975, pues se autoriza al Gobierno para dictar en el futuro cualesquiera desarrollos normativos especiales que sean aconsejables según las circunstancias; y fija específicamente una muy concreta limitación que el Gobierno puede establecer mediante la aprobación de la correspondiente norma reglamentaria, cual es la necesidad de autorización del Consejo de Ministros (luego desconcentrada reglamentariamente en las respectivas Delegaciones del Gobierno), para todos los casos de transmisión y gravamen de la propiedad y declaraciones de obra sobre inmuebles sitos en Ceuta y Melilla. Debe añadirse que se ha puesto de relieve cómo la eventual imposición por razones de defensa militar de la necesidad de autorización para nacionales españoles y para comunitarios, por igual (esto es sin discriminar entre nacionales y comunitarios), para acceder a la propiedad de inmuebles en determinadas zonas consideradas estratégicas no se opone a la Constitución Europea. Para concluir, y abordando un plano teórico la cuestión que se plantea en el recurso respecto de la derogación tácita de las normas de rango inferior a la ley, es admitido que esta puede ser apreciada y declarada por cualquier órgano administrativo o jurisdiccional que haya de aplicarlas (aunque también este principio tiene excepciones). Ahora bien, también hay acuerdo general en entender que la apreciación de la existencia de derogación tácita de normas con rango legal es materia propiamente jurisdiccional; y este sería hipotéticamente el supuesto del presente recurso, pues el Reglamento de desarrollo vendría a ser ejecución, vía habilitación al Gobierno por parte del Legislativo, de la disposición final segunda de la Ley 8/1975, (derivando así una norma legal), por lo que el supuesto conflicto se produciría entre normas del mismo rango de ley, y en este punto ni notarios ni registradores estarían habilitados para resolverlo.

Resolución de 19-10-2017
(*BOE* 11-11-2017)
Registro de la Propiedad de La Orotava

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: CESIÓN DE REMATE.

El precio de la cesión de remate es un concepto diferente al del precio del remate o adjudicación. El precio del remate es el importe de la mejor puja en el caso de que en la subasta haya postores, el precio de la adjudicación es el

importe por el que el acreedor ejecutante adquiere la finca ante la inexistencia de postores. Distinto es el precio de la cesión de remate que es el importe que recibe el ejecutante que cede el remate del cesionario por la trasmisión de la finca que ha sido rematada o adjudicada a favor de aquel. Se ha planteado por la doctrina si es posible la cesión del remate por un importe inferior al precio de adjudicación, es decir el ejecutante cede la adjudicación a pérdida. El artículo 647 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no prohíbe la cesión por un importe superior, ni tampoco por una cantidad menor a la ofrecida por el ejecutante, siempre que la adjudicación se realice por el importe del remate. La solución debe ser positiva. En el decreto por lo tanto deberá mantenerse el precio de adjudicación que es el ofrecido inicialmente por el ejecutante y que se descontará de la cantidad reclamada; y a continuación se declarará que el adjudicatario ha satisfecho al ejecutante por la cesión una cantidad menor, identificándola. Este pago también tendrá que acreditarse documentalmente.

Resolución de 19-10-2017
(*BOE* 11-11-2017)
Registro de la Propiedad de Tui

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH: DUDAS QUE PUEDE PLANTEAR EL REGISTRADOR.

Del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. El artículo 199 de la Ley Hipotecaria regula el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro. En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, pues tal y como dispone el artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria. Por tanto, las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. Según el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, corresponde al registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio. 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 existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, y tal y como señala el registrador en su nota, podrá acudirse a la previsión que a este efecto se contiene en el artículo 199, el deslinde. Asimismo, puede acudirse al juicio declarativo correspondiente (cfr. art. 198 de la Ley Hipotecaria) o, alegando los recurrentes que disponen de una resolución judicial a su favor dictada en juicio declarativo relativa a la titularidad de la finca, lo procedente será su presentación como título inscribible para que dicho documento pueda causar los asientos oportunos.

Resolución de 20-10-2017
(*BOE* 13-11-2017)
Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 2

CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES FISCALES: ACREDITACIÓN.

Son numerosas las ocasiones en las que este Centro Directivo (*vid.* resoluciones recogidas en los «Vistos») ha analizado el alcance del denominado cierre registral por no acreditar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, tanto en relación a los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados y de Sucesiones y donaciones, como respecto al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (Plusvalía), de conformidad con los artículos 254 y 255 de la LH. La doctrina mantenida por este Centro Directivo ha establecido que el registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no solo ha de calificar su validez y licitud, sino decidir también si se halla sujeto o no a impuestos; la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal, pues no le corresponde la competencia liquidadora respecto de los diversos tributos; no obstante, será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la administración fiscal ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo, en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción. Ahora bien, no concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (resolución de 21 de diciembre de 1987) ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al Impuesto (apartados 2 a 4 del artículo 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal —como ocurre en la aceptación de una hipoteca unilateral efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social (resolución de 23 de abril de 2007)—, imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al Impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo.

Resolución de 20-10-2017
(*BOE* 15-11-2017)
Registro de la Propiedad de Málaga, número 4

PODERES: EL PODER PARA VENDER NO PERMITE CONSENTIR LA EXPROPIACIÓN.

Como ha reiterado en numerosas ocasiones (*vid.* resoluciones de 13 de febrero de 2012, 28 de febrero y 10 de abril de 2014 y 18 de julio, 14 de septiembre y 19 de octubre de 2016, por todas), la posibilidad de que el documento presentado sea objeto de inscripción parcial precisa de una doble condición: por un lado, que el interesado o presentante así lo hayan solicitado del registrador (*vid.* art. 19 bis de la Ley Hipotecaria), y, por otra, que el pacto o estipulación rechazados no afecten a la esencialidad del contrato. Por lo que se refiere a la cuestión de fondo, esta Dirección General se ha pronunciado en numerosas ocasiones (*vid.* «Vistos»), sobre el contenido y alcance de la exigencia que el artículo 1713 del Código Civil impone respecto a la aplicación e interpretación de los poderes de representación.

Recientemente (*vide* resolución de 25 de octubre de 2016), esta Dirección General ha afirmado que la recta interpretación de tales preceptos legales impone su adecuada delimitación de acuerdo a la doctrina reiterada del Tribunal Supremo. En este sentido, el artículo 1713, atiende al contenido de las facultades conferidas al mandatario, de modo que la exigencia de mandato expreso a que se refiere el párrafo segundo comporta la necesidad de que la posibilidad de realizar actos de riguroso dominio conste inequívocamente. Por lo demás, en relación con esta exigencia, según la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1990, la calificación de un mandato como expreso no depende de que su otorgamiento exigiese una determinada formalidad y constancia escrituraria. Ahondando en esta doctrina, este Centro Directivo ha reiterado (*vide* resolución de 10 de marzo de 2016), que los poderes han de ser interpretados en un sentido estricto, sin extender la representación más allá de los actos previstos en ellos, si bien, como señala la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2000, «la extralimitación o no, ha de determinarse atendiendo no de manera automática y sumisa a la literalidad del poder, sino principalmente a la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad para la que lo dispensó y en relación a las circunstancias concurrentes (…)». Llegamos así al núcleo de lo que constituye el objeto de la presente. A juicio del recurrente, la facultad de vender contenida en el título de representación en virtud del cual actúa el otorgante del acta de ocupación y pago, comprende claramente la enajenación por expropiación forzosa. Esta Dirección General no puede compartir tales afirmaciones. En primer lugar, porque de la interpretación del poder no resulta en absoluto que la atribución de la facultad de vender al apoderado comprenda cualquier negocio de transmisión del dominio; bien al contrario, de la cláusula transcrita en los hechos resulta meridianamente claro que el apoderado está investido de la facultad de enajenar la finca por título de compraventa y por ningún otro. Tampoco es aceptable la afirmación que entiende que la facultad de vender se equipara a la facultad de transmitir por título de expropiación forzosa. No existe en nuestro ordenamiento bases suficientes para sostener dicha afirmación. A la luz de las consideraciones anteriores resulta patente que no cabe equiparación alguna entre el contrato de compraventa y la transmisión de dominio derivada de un procedimiento administrativo de expropiación forzosa, por lo que esta Dirección General no puede amparar la afirmación de que la facultad concedida a un apoderado de vender bienes inmuebles es equivalente a la de intervenir en un procedimiento expropiatorio en los términos exigidos por el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (art. 32 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Resolución de 20-10-2017
(*BOE* 15-11-2017)
Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 3

ANOTACIÓN DE EMBARGO: HERENCIA YACENTE.

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. 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 aquél, 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.ª, 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.ª, 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. En el supuesto de este expediente del decreto y mandamiento presentados 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 P. S. R., 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.

Resolución de 23-10-2017
(*BOE* 15-11-2017)
Registro de la Propiedad de Olvera

SUSTITUCIÓN VULGAR: LIMITACIÓN EN CUANTO AFECTA A LEGITIMARIOS.

Ha dicho este Centro Directivo en un supuesto semejante al de este expediente (resolución de 26 de septiembre de 2014) que «el artículo 813.2 del Código Civil

impone como límite al testador no imponer sobre la legítima «sustitución de ninguna especie». Sin embargo, este precepto se ha interpretado en el sentido de que dicha prohibición se ha de matizar en función de los distintos efectos de las diferentes modalidades de sustituciones, de forma que lo esencial es respetar la finalidad de la norma de «no perjudicar» los derechos de legítima de los herederos forzosos. En el caso de la sustitución vulgar tampoco se atenta contra la legítima del legitimario sustituido, puesto que precisamente se prevé para el supuesto de que no llegue a serlo. Ahora bien, y es un aspecto esencial en este caso, como ha advertido parte de la doctrina, sí que puede atentar la sustitución vulgar de un legitimario contra la legítima de los demás herederos forzosos. En estos supuestos solo es posible la sustitución en los bienes de la legítima si está establecida a favor de quienes, en su defecto [en defecto de la sustitución, se entiende] serían legitimarios. También sería impugnable la sustitución vulgar cuando tratara de impedir que la premoriencia de un legitimario diera lugar a que acreciera la legítima de sus colegitimarios. Por ello, no debe ofrecer duda que los descendientes de un legitimario renunciante no pueden alegar derecho alguno a la legítima, pues han perdido la expectativa de ser legitimarios por razón de la renuncia de su padre. La cuestión está, pues, en determinar, si corresponde realizar estas mismas consideraciones si fue ordenada sustitución vulgar por el causante sin expresión de casos (art. 774 del Código Civil aplicable, 'mutatis mutandi', al legatario). Sin entrar en la corrección técnica de la cláusula testamentaria que 'simpliciter' ordene sustitución vulgar para un legado destinado exclusivamente al pago de la legítima de dos hijos, es claro que la respuesta ha de ser positiva, en cuanto la materia legitimaria, obligatoria, es indisponible para el testador». Por lo tanto, es claro que ha de entenderse que la sustitución vulgar en relación con un heredero forzoso solo cabe en relación con el tercio de libre disposición, o para mejorar a algún legitimario, o bien cuando los designados sustitutos son los mismos colegitimarios del renunciante o legitimarios de otro grado. Sentado lo anterior, en el presente caso, el valor del legado y por lo tanto lo que adquirirían los hipotéticos sustitutos vulgares, sería el de una doceava parte de la herencia, que corresponde con la legítima estricta que correspondería a la hija reducida a esa porción, que no supera una tercera parte de la herencia, esto es, cuantía que no sobrepasa el tercio de libre disposición, no afectando en este supuesto —como ocurrió en el recogido por la resolución de 26 de septiembre de 2004—, a los derechos mínimos de los otros hijos legitimarios, pues además, aquí no hay liberalidades que reducir ni hay bienes colacionables que reintegrar a la masa, recibidos por los posibles sustitutos vulgares.

Resolución de 23-10-2017
(*BOE* 15-11-2017)
Registro de la Propiedad de Barbate

ARRENDAMIENTOS: CANCELACIÓN EN VIRTUD DE SENTENCIA DE DESAHUCIO.

Si con la presentación del documento judicial se pretende la cancelación de asientos vigentes en el Registro debe especificarse en el mismo qué asiento o asientos han de ser objeto de cancelación. Si indiscutible es el deber de los registradores de cumplir las resoluciones judiciales firmes, también lo es su deber y potestad calificadora de verificar que todos los documentos inscribibles

cumplen las exigencias del sistema registral español. La calificación registral de los documentos judiciales se extiende necesariamente a la congruencia de los mismos con la situación registral vigente en el momento en que se pretende su inscripción por lo que ha de exigirse la identificación suficiente de los asientos a los que se refieren los mandamientos o documentos judiciales cancelatorios (Resolución de 28 de febrero de 1977 y muchas otras posteriores). No obstante, en el presente caso debe tenerse en consideración determinadas particularidades. El artículo 25 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, señala como causa de resolución del contrato la falta de pago de las rentas correspondientes, precepto que se relaciona directamente con el artículo 79.2 de la Ley Hipotecaria en virtud del cual podrá pedirse la cancelación cuando se extinga el derecho inscrito o anotado. Por ello, habiéndose demandado al titular registral del derecho de arrendamiento, por lo que no se ha producido indefensión e inconstitucionalidad en aplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1988 y la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1988, aunque no se haya solicitado expresamente la cancelación de la inscripción de arrendamiento, debe entenderse implícita la cancelación del asiento registral, si la demanda de desahucio por falta de pago se ha dirigido contra el titular del derecho inscrito.

Resolución de 23-10-2017
(*BOE* 15-11-2017)
Registro de la Propiedad de Oliva

CALIFICACIÓN REGISTRAL: FORMA DE NOTIFICACIÓN. SEGURO DECENAL: OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD.

De acuerdo con lo establecido el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, la notificación de la calificación se efectuará de conformidad con lo previsto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actualmente, artículos 40 a 44 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), siendo, a tal efecto, válida la notificación practicada por vía telemática si el interesado lo hubiere manifestado así al tiempo de la presentación del título y quedara constancia fehaciente. Y, como ha puesto de relieve este Centro Directivo (resoluciones de 8 de marzo, 2 y 11 de octubre y 4 de diciembre de 2013, 9 de enero y 23 de junio de 2014 y 21 de abril de 2015), no constando en el presente expediente manifestación alguna realizada por el presentante admitiendo la notificación por fax al tiempo de la presentación del título por el presentante y no acreditándose otra forma de notificación válida antes de transcurrido el plazo legalmente previsto, el recurso no puede considerarse extemporáneo. La cuestión que se plantea en el presente expediente, y sobre la que esta Dirección General debe pronunciarse, es si los requisitos de contratación de garantías por daños resultantes de defectos constructivos que establece la Ley de Ordenación de la Edificación son exigibles como requisito previo para que pueda procederse a la declaración e inscripción de obras nuevas consolidadas por razón de su antigüedad, o respecto de las cuales ya no puedan adoptarse medidas que impliquen su demolición. Quedan excluidas de la exigencia de acreditar la contratación de garantías del artículo 19.1.c) de la Ley de Ordenación de la Edificación aquellas personas que declaren una obra

que, al tiempo de la declaración, tenga más de diez años de antigüedad desde su terminación, pues dicho plazo, el de diez años, es el de duración de las garantías exigidas por el citado artículo. Y dicho plazo ha de contarse, según resulta de lo previsto en el artículo 17.1 de la Ley 38/1999 y de la Instrucción de esta Dirección General de 11 de septiembre de 2000, desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas, o desde la subsanación de estas. Por las consideraciones precedentes debe concluirse que la calificación del registrador no puede sostenerse.

Resolución de 24-10-2017
(*BOE* 24-11-2017)
Registro de la Propiedad de Villarreal, número 1

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD DE UNA HIPOTECA FLOTANTE ARTÍCULO 153 BIS.

Se trata de una hipoteca máximo de las específicamente reguladas en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. Pues bien, a este respecto debe tenerse en cuenta que, como ya se indicara en la resolución de 22 de septiembre de 2016, el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria eleva el plazo de duración de la hipoteca flotante, cualquiera que fuere el número, clase o naturaleza de las obligaciones garantizadas ya que no distingue a este respecto, al carácter de requisito estructural o de constitución de la misma, de tal manera que sin el mismo no se podrá inscribir la hipoteca. En este supuesto concreto se indica expresamente que «la hipoteca de máximo se constituye por plazo de cinco años a contar desde el veintinueve de mayo de dos mil doce, a cuyo vencimiento se entenderá prorrogado tácitamente por trimestres hasta un máximo de cuatro trimestres más», lo que no deja lugar a dudas, si no fuere suficiente con la propia naturaleza declarada e inscrita de la hipoteca, acerca de que el plazo lo es de la hipoteca y no de la cuenta u obligación. Por otra parte, este plazo de duración de la hipoteca flotante no tiene que coincidir con el plazo de vencimiento de ninguna de las obligaciones garantizadas. Considerar que el plazo de la hipoteca flotante trata de definir únicamente el margen temporal en el que debe surgir la obligación para que quede garantizada con la hipoteca, como afirma el registrador, lo que implicaría tener que computar posteriormente el plazo de duración de cada una de las obligaciones nacidas, las cuales operan al margen del Registro de la Propiedad, para averiguar cuál vence posteriormente y luego tener que computar adicionalmente el plazo a que se refiere el artículo 82.5 de la Ley Hipotecaria, va en contra del principio de determinación propio el sistema registral español. Según opinión doctrinal mayoritaria, el plazo de duración propio de la hipoteca flotante opera como un plazo de caducidad del asiento registral correspondiente, el cual se cancelará automáticamente llegado su vencimiento en aplicación de los artículos 82.2.º de la Ley Hipotecaria y 353.3 del Reglamento Hipotecario, a semejanza de lo que ocurre con las anotaciones preventivas, salvo que en tal momento conste practicada la nota marginal acreditativa de que se ha iniciado la ejecución de la hipoteca por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria, y sin que sea necesaria prueba alguna más acerca del no ejercicio de la acción ejecutiva, como parece exigir el registrador, pues basta con la aplicación del principio de inoponibilidad de lo no inscrito. Ahora bien, habiéndose pactado un plazo de prórroga de la duración de la hipoteca constituida de hasta cuatro trimestres, la caducidad automática de la

misma y la operatividad de los artículos 82.2.º de la Ley Hipotecaria y 353.3 de su Reglamento, no tendrá lugar transcurrido el plazo inicial convenido de cinco años (29 de mayo de 2017), sino cuando llegue el final de la última prórroga posible acordada (29 de mayo de 2018). La escritura de constitución de hipoteca se limita a señalar que la prórroga tendrá lugar «salvo que alguna de las partes notifique a la otra su voluntad en contra por escrito, al menos quince días antes del vencimiento de cada periodo trimestral». En relación con este segundo de los defectos planteado por el registrador en su nota de calificación, se debe empezar señalando que la regulación de los Reglamentos Hipotecario y Notarial hacen respecto de los requerimientos y notificaciones ha de interpretarse de acuerdo con las exigencias de los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva en los términos que la misma es interpretada por el Tribunal Constitucional: necesidad de diligencia en procurar el conocimiento personal por parte del afectado (sentencia de 7 de mayo de 2012, por todas); por lo que en el ámbito extrajudicial en que tiene lugar la renuncia que nos ocupa, deben extremarse las precauciones a fin de procurar una notificación efectiva al acreedor el cual se verá privado de la garantía. Es evidente que las partes a que se refiere el pacto transcrito solo pueden ser el acreedor y el deudor hipotecante, único titular de las fincas hipotecas, por lo que la facultad de dar por finalizada la cobertura hipotecaria, notificando su voluntad en contra de la prórroga, corresponde en exclusiva al mismo. Por otro lado, como se pone de manifiesto en la nota de calificación, la notificación se ha realizado mediante burofax y a un domicilio que no se había fijado ni pactado en la escritura de hipoteca por la parte acreedora. En cuanto a la utilización del burofax, si bien este procedimiento se encuentra admitido en determinados ámbitos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ha sido admitido alguna vez por esta Dirección General como suficiente, cuando legalmente no se exige una forma determinada de notificación, por cuanto permite dejar constancia fehaciente de la entrega de la misma (resolución de 18 de febrero de 2013, para la citación a los acreedores en las herencias aceptadas a beneficio de inventario); no siempre que exista una falta de determinación legal de la forma de practicar las notificaciones y requerimientos a efectos registrales debe seguirse esta regla, sino que, a falta de pacto, habrá de atenderse a la transcendencia de los efectos que la misma provoca y a los criterios legales existentes para supuestos semejantes. Así en materia de hipotecas y derechos reales encontramos numerosos supuestos en que, dada la decisiva transcendencia de la notificación, se exige que la misma se verifique por vía notarial (arts. 202 a 204 del Reglamento Notarial) o judicial, no solo porque se trata de procedimientos que permiten dejar constancia de la entrega sino, también, porque acreditan el contenido de la notificación y la identidad del emitente, y posibilitan la adecuada oposición del receptor. Si a todo ello añadimos la regla general del sistema registral español de exigencia de titulación pública de los documentos que puedan ocasionar asientos registral recogido en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, y dado que la notificación de la renuncia que tiene lugar en el presente supuesto produce el efecto de anticipar la cancelación del asiento registral de hipoteca flotante, se entiende por este Centro Directivo que la misma debe de realizarse por medio de acta notarial y de acuerdo con las normas que específicamente la regulan. Esta Dirección General entiende que en el ámbito concreto de los préstamos hipotecarios en que intervienen entidades financieras de aquellas a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, el lugar de notificación a las mismas debe amoldarse a la forma usual de operar en este concreto sector del mercado. Así,

volviendo al artículo antes citado artículo 2 de la Ley 2/1994, el mismo exige solo la notificación al banco acreedor primitivo sin fijar ni el domicilio al que deba hacerse la remisión ni el cargo del destinatario, y tanto en este, como en otros supuestos similares, como el cambio de domicilio a efectos de la ejecución hipotecaria o la aceptación del nuevo interés en caso de variabilidad, la práctica mercantil es que las notificaciones se verifican en la oficina de la entidad acreedora en que el prestatario tenga abierta la cuenta operativa.

Resolución de 24-10-2017
(*BOE* 24-11-2017)
Registro de la Propiedad de Nules, número 3

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD DE UNA HIPOTECA FLOTANTE ARTÍCULO 153 BIS.

Se trata de una hipoteca de máximo de las específicamente reguladas en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. Pues bien, a este respecto debe tenerse en cuenta que, como ya se indicara en la resolución de 22 de septiembre de 2016, el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria eleva el plazo de duración de la hipoteca flotante, cualquiera que fuere el número, clase o naturaleza de las obligaciones garantizadas ya que no distingue a este respecto, al carácter de requisito estructural o de constitución de la misma, de tal manera que sin el mismo no se podrá inscribir la hipoteca. En este supuesto concreto se indica expresamente que «la hipoteca de máximo se constituye por plazo de cinco años a contar desde el veintinueve de mayo de dos mil doce, a cuyo vencimiento se entenderá prorrogado tácitamente por trimestres hasta un máximo de cuatro trimestres más», lo que no deja lugar a dudas, si no fuere suficiente con la propia naturaleza declarada e inscrita de la hipoteca, acerca de que el plazo lo es de la hipoteca y no de la cuenta u obligación. Por otra parte, este plazo de duración de la hipoteca flotante no tiene que coincidir con el plazo de vencimiento de ninguna de las obligaciones garantizadas. Considerar que el plazo de la hipoteca flotante trata de definir únicamente el margen temporal en el que debe surgir la obligación para que quede garantizada con la hipoteca, como afirma el registrador, lo que implicaría tener que computar posteriormente el plazo de duración de cada una de las obligaciones nacidas, las cuales operan al margen del Registro de la Propiedad, para averiguar cuál vence posteriormente y luego tener que computar adicionalmente el plazo a que se refiere el artículo 82.5 de la Ley Hipotecaria, va en contra del principio de determinación propio del sistema registral español. Según opinión doctrinal mayoritaria, el plazo de duración propio de la hipoteca flotante opera como un plazo de caducidad del asiento registral correspondiente, el cual se cancelará automáticamente llegado su vencimiento en aplicación de los artículos 82.2.º de la Ley Hipotecaria y 353.3 del Reglamento Hipotecario, a semejanza de lo que ocurre con las anotaciones preventivas, salvo que en tal momento conste practicada la nota marginal acreditativa de que se ha iniciado la ejecución de la hipoteca por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria, y sin que sea necesaria prueba alguna más acerca del no ejercicio de la acción ejecutiva, como parece exigir el registrador, pues basta con la aplicación del principio de inoponibilidad de lo no inscrito. Ahora bien, habiéndose pactado un plazo de prórroga de la duración de la hipoteca constituida de hasta cuatro trimestres, la caducidad automática de la

misma y la operatividad de los artículos 82.2.º de la Ley Hipotecaria y 353.3 de su Reglamento, no tendrá lugar transcurrido el plazo inicial convenido de cinco años (29 de mayo de 2017), sino cuando llegue el final de la última prórroga posible acordada (29 de mayo de 2018). La escritura de constitución de hipoteca se limita a señalar que la prórroga tendrá lugar «salvo que alguna de las partes notifique a la otra su voluntad en contra por escrito, al menos quince días antes del vencimiento de cada periodo trimestral». En relación con este segundo de los defectos planteado por el registrador en su nota de calificación, se debe empezar señalando que la regulación de los Reglamentos Hipotecario y Notarial hacen respecto de los requerimientos y notificaciones ha de interpretarse de acuerdo con las exigencias de los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva en los términos que la misma es interpretada por el Tribunal Constitucional: necesidad de diligencia en procurar el conocimiento personal por parte del afectado (sentencia de 7 de mayo de 2012, por todas); por lo que en el ámbito extrajudicial en que tiene lugar la renuncia que nos ocupa, deben extremarse las precauciones a fin de procurar una notificación efectiva al acreedor el cual se verá privado de la garantía. Es evidente que las partes a que se refiere el pacto transcrito solo pueden ser el acreedor y el deudor hipotecante, único titular de las fincas hipotecas, por lo que la facultad de dar por finalizada la cobertura hipotecaria, notificando su voluntad en contra de la prórroga, corresponde en exclusiva al mismo. Por otro lado, como se pone de manifiesto en la nota de calificación, la notificación se ha realizado mediante burofax y a un domicilio que no se había fijado ni pactado en la escritura de hipoteca por la parte acreedora. En cuanto a la utilización del burofax, si bien este procedimiento se encuentra admitido en determinados ámbitos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ha sido admitido alguna vez por esta Dirección General como suficiente, cuando legalmente no se exige una forma determinada de notificación, por cuanto permite dejar constancia fehaciente de la entrega de la misma (resolución de 18 de febrero de 2013, para la citación a los acreedores en las herencias aceptadas a beneficio de inventario); no siempre que exista una falta de determinación legal de la forma de practicar las notificaciones y requerimientos a efectos registrales debe seguirse esta regla, sino que, a falta de pacto, habrá de atenderse a la transcendencia de los efectos que la misma provoca y a los criterios legales existentes para supuestos semejantes. Así en materia de hipotecas y derechos reales encontramos numerosos supuestos en que, dada la decisiva transcendencia de la notificación, se exige que la misma se verifique por vía notarial (arts. 202 a 204 del Reglamento Notarial) o judicial, no solo porque se trata de procedimientos que permiten dejar constancia de la entrega sino, también, porque acreditan el contenido de la notificación y la identidad del emitente, y posibilitan la adecuada oposición del receptor. Si a todo ello añadimos la regla general del sistema registral español de exigencia de titulación pública de los documentos que puedan ocasionar asientos registral recogido en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, y dado que la notificación de la renuncia que tiene lugar en el presente supuesto produce el efecto de anticipar la cancelación del asiento registral de hipoteca flotante, se entiende por este Centro Directivo que la misma debe de realizarse por medio de acta notarial y de acuerdo con las normas que específicamente la regulan. Esta Dirección General entiende que en el ámbito concreto de los préstamos hipotecarios en que intervienen entidades financieras de aquellas a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, el lugar de notificación a las mismas debe amoldarse a la forma usual de operar

en este concreto sector del mercado. Así, volviendo al artículo antes citado, artículo 2 de la Ley 2/1994, el mismo exige solo la notificación al banco acreedor primitivo sin fijar ni el domicilio al que deba hacerse la remisión ni el cargo del destinatario, y tanto en este, como en otros supuestos similares, como el cambio de domicilio a efectos de la ejecución hipotecaria o la aceptación del nuevo interés en caso de variabilidad, la práctica mercantil es que las notificaciones se verifican en la oficina de la entidad acreedora en que el prestatario tenga abierta la cuenta operativa.

Resolución de 25-10-2017
(*BOE* 24-11-2017)
Registro de la Propiedad de Hellín

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH: NO SE EMITE NOTA DE CALIFICACIÓN DE CADA ALEGACIÓN FORMULADA. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

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. En esta línea se desenvuelve el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Únicamente si la calificación de la representación gráfica es negativa, puede recurrirse conforme a las normas generales, según reza el precepto. En cambio, no prevé la norma que se efectúe una calificación de cada una de las alegaciones, sujeta a posibilidad de recurso. Esta posibilidad, además, supondría un grave entorpecimiento del tráfico, pudiendo llegar a causar grandes dilaciones en el procedimiento previsto en la ley. Por todo lo expuesto, resulta incorrecto el proceder del registrador al emitir calificación negativa de un escrito de alegaciones, que no es título inscribible sujeto a tal calificación y menos aún, cuando efectivamente se ha llegado a practicar la inscripción como consecuencia de la finalización del procedimiento. A lo que cabe añadir la circunstancia de que, según resulta de la calificación, el recurrente ni siquiera fue notificado como colindante en el procedimiento. Es doctrina reiterada de esta Dirección General (*vid.*, por todas, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de noviembre de 1985, 6 de octubre de 2004, 18 de enero, 14 de febrero, 15 y 21 de abril, 22 de julio y 30 de diciembre de 2005, 12 de enero, 10 de julio y 9 de diciembre de 2006, 14 de marzo de 2007, 10 de enero, 19 de junio y 29 de septiembre de 2008, 22 de marzo y 12 de noviembre de 2011, 24 de mayo y 19 de abril de 2013, 13 de marzo y 23 de abril de 2014, 29 de mayo y 22 de julio de 2015, 6, 13 y 19 de septiembre de 2016 y 31 de marzo de 2017, entre otras) que solo puede ser objeto de recurso la nota de calificación negativa de los registradores, pero no los asientos ya practicados, que 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).

Resolución 26-10-2017
(*BOE* 27-11-2017)
Registro de la Propiedad de Guadix

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA EN LOS CASOS EN QUE ESTA PROCEDE DE SEGREGACIÓN.

Este Centro Directivo tiene declarado en reiteradísimas ocasiones (resoluciones de 17 de junio y 5 de noviembre de 2002, 25 de mayo de 2005, 28 de agosto de 2013, 30 de marzo de 2015, 30 de junio de 2017 o 27 de julio de 2017, entre otras muchas) que la registración de excesos de cabida solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral. Excepcionalmente, el artículo 201.3 de la Ley Hipotecaria establece que no será necesario tramitar el expediente de rectificación para la constatación de diferencias de cabida de la finca inscrita a que se refiere el número 1 del mismo artículo, en los siguientes supuestos: «a) Cuando las diferencias de cabida no excedan del diez por ciento de la inscrita y se acredite mediante certificación catastral descriptiva y gráfica, siempre que de los datos descriptivos respectivos se desprenda la plena coincidencia entre la parcela objeto del certificado y la finca inscrita. b) En los supuestos de rectificación de la superficie, cuando la diferencia alegada no exceda del cinco por ciento de la cabida que conste inscrita». Pero añade que «en ambos casos será necesario que el Registrador, en resolución motivada, no albergue 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 la segregación, la superficie es un dato relevante en la determinación tanto de la finca segregada como de la matriz. Cualquier modificación en ese dato genera dudas sobre la realidad de finca y del exceso, sobre la determinación del objeto del derecho. Sin embargo, dicha motivación no puede estimarse suficiente en el caso que nos ocupa, toda vez que el exceso de cabida es de muy escasa entidad. Por otra parte, debe recordarse que este Centro Directivo ha reconocido que aun constando ya inscrita una segregación conforme a una licencia o autorización administrativa concedida, no puede negarse la posibilidad de rectificar con posterioridad la descripción de las fincas resultantes, sin necesidad de nueva licencia o autorización, siempre y cuando se cumplan los requisitos y procedimientos contemplados para ello en la Ley Hipotecaria y, ante todo, siempre que las rectificaciones pretendidas no impliquen una nueva reordenación de terrenos diferente a la resultante de la modificación hipotecaria para la que se concedió la licencia.

Resolución de 26-10-2017
(*BOE* 27-11-2017)
Registro de la Propiedad de Guadix

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA EN LOS CASOS EN QUE ESTA PROCEDE DE SEGREGACIÓN.

Este Centro Directivo tiene declarado en reiteradísimas ocasiones (resoluciones de 17 de junio y 5 de noviembre de 2002, 25 de mayo de 2005, 28 de agosto

de 2013, 30 de marzo de 2015, 30 de junio de 2017 o 27 de julio de 2017, entre otras muchas) que la registración de excesos de cabida solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral. Excepcionalmente, el artículo 201.3 de la Ley Hipotecaria establece que no será necesario tramitar el expediente de rectificación para la constatación de diferencias de cabida de la finca inscrita a que se refiere el número 1 del mismo artículo, en los siguientes supuestos: «a) Cuando las diferencias de cabida no excedan del diez por ciento de la inscrita y se acredite mediante certificación catastral descriptiva y gráfica, siempre que de los datos descriptivos respectivos se desprenda la plena coincidencia entre la parcela objeto del certificado y la finca inscrita. b) En los supuestos de rectificación de la superficie, cuando la diferencia alegada no exceda del cinco por ciento de la cabida que conste inscrita». Pero añade que «en ambos casos será necesario que el Registrador, en resolución motivada, no albergue 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». Examinado el título presentado y la certificación catastral que incorpora se comprueba que los dos inmuebles catastrales referidos y que no se mencionan en la descripción en el título, solo lindan en un punto de esquina con el inmueble catastral que se dice corresponder con la finca registral objeto del presente expediente. Por tanto, esa omisión en el título puede obedecer a que, como alega el notario recurrente, no siempre ha sido costumbre mencionar los linderos en esquina, es decir, los que solo tienen un punto común y no un tramo de línea en común. Y, en todo caso, tal omisión por sí sola, atendidos el resto de datos descriptivos, no permite concluir que no haya identidad esencial entre la descripción de la finca en el título y la del inmueble en la certificación catastral incorporada. En la segregación, la superficie es un dato relevante en la determinación tanto de la finca segregada como de la matriz. Cualquier modificación en ese dato genera dudas sobre la realidad de finca y del exceso, sobre la determinación del objeto del derecho. Por otra parte, debe recordarse que este Centro Directivo ha reconocido que aun constando ya inscrita una segregación conforme a una licencia o autorización administrativa concedida, no puede negarse la posibilidad de rectificar con posterioridad la descripción de las fincas resultantes, sin necesidad de nueva licencia o autorización, siempre y cuando se cumplan los requisitos y procedimientos contemplados para ello en la Ley Hipotecaria y, ante todo, siempre que las rectificaciones pretendidas no impliquen una nueva reordenación de terrenos diferente a la resultante de la modificación hipotecaria para la que se concedió la licencia. En el presente caso, dado que la rectificación de superficie es de 13 metros cuadrados, lo que representa un 6'95 %, si bien se aporta certificado catastral que permitiría inscribir el exceso de cabida conforme al artículo 201.3.a), sin embargo, atendiendo a la circunstancia de que la finca proviene de segregación que se verificó en virtud de licencia municipal, que hubo una previa rectificación de superficie de la finca matriz, quedando, por tanto perfectamente determinada tal superficie, y sin que se pueda considerar como una mera rectificación de errores al superar el 5% de la cabida inscrita, el recurso debe ser desestimado. Resolución de 26-10-2017

(*BOE* 27-11-2017)
Registro de la Propiedad de Ourense, número 1

PROPIEDAD HORIZONTAL: DIVISIÓN DE UN ELEMENTO PRIVATIVO.

Se plantea si, con arreglo a lo establecido en el artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal, es necesario aportar licencia o autorización administrativa para dividir un departamento privativo destinado a local de un edificio en propiedad horizontal, generando uno nuevo. No hay duda, y así se afirmó en las resoluciones de 20 de marzo y 28 de mayo de 2014, que tras la redacción dada al artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal por la Ley 8/2013, de 26 de junio, la realización de algún acto de división, segregación o agregación, con la finalidad recogida en dicho precepto, respecto de pisos, locales o anejos que formen parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal requiere la previa autorización administrativa como acto de intervención preventiva que asegure su adecuación a la norma de planeamiento. Sin embargo este requerimiento no es pleno, ya que se condiciona en el inciso final del párrafo primero de la letra b) antes transcrito a que «concurran los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo» (actualmente, artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo), precepto con el que está estrechamente relacionado, operando ambos de forma complementaria. A tal efecto, se ha de comenzar atendiendo a los antecedentes normativos de la disposición objeto de análisis, que se pueden encontrar, de modo más claro, en el artículo 53.a) 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. Ha de tenerse en cuenta que si bien dicho precepto reglamentario, como antes se ha indicado, constituye un antecedente normativo del actual artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal, ello no significa que el precepto legal se haya limitado a plasmar con rango legal la misma redacción del artículo reglamentario, sino que la redacción legal es deliberadamente distinta de la reglamentaria, y en dicha redacción legal se ha suprimido el inciso o exención especial relativa a los locales comerciales o plazas de garaje. Cabe afirmar, no obstante el carácter básico de la normativa citada, que la determinación del concreto título administrativo habilitante exigido para los actos de división o segregación de locales, y demás previstos en el citado artículo 10.3 de la Ley sobre propiedad horizontal, corresponderá a la correspondiente legislación autonómica competente en materia de ordenación territorial y urbanística, según la doctrina reiterada de este Centro Directivo, acorde con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional —*vid.* resoluciones citadas en «Vistos»—. En caso de no concretar dicha normativa el tipo de título administrativo habilitante, y a los efectos de cumplir la exigencia de autorización administrativa requerida «en todo caso» por el citado artículo 10, debe estimarse suficiente, a efectos de inscripción, que se acredite la resolución administrativa de la que resulte autorizado el acto de división de locales.

Resolución de 27-10-2017
(*BOE* 27-11-2017)
Registro de la Propiedad de Villacarriedo

RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 201 LH.

Este Centro Directivo tiene declarado en reiteradísimas ocasiones (resoluciones de 17 de junio y 5 de noviembre de 2002, 25 de mayo de 2005, 28 de agosto de 2013, 30 de marzo de 2015, 30 de junio de 2017 o 27 de julio de 2017, entre otras muchas) que la registración de excesos de cabida solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral. Si el expediente tramitado fuera el previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, ya que el mismo se ha regulado en la reforma de la Ley 13/2015, de 24 de junio, con la finalidad específica de lograr toda clase de rectificación descriptiva, se prevén especiales garantías para su tramitación, que determinan que pueda utilizarse cualesquiera que sean las discrepancias superficiales con la cabida inscrita o los linderos que pretendan modificarse, incluso fijos. Dispone que «si el Registrador, a la vista de las circunstancias concurrentes en el expediente y del contenido del historial de las fincas en el Registro, albergare dudas fundadas sobre la posibilidad de que el expediente de rectificación de descripción registral encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria, procederá a suspender la inscripción solicitada motivando las razones en que funde tales dudas». Como ya se afirmó en las resoluciones de 22 de abril y 8 de junio de 2016, las dudas que en tales casos puede albergar el registrador han de referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria [cfr. arts. 9.b), 199.1 y último párrafo del artículo 201.1 de la Ley Hipotecaria], sin que exista limitación de utilización de estos procedimientos solo por razón de la diferencia respecto a la cabida inscrita. En cuanto a la justificación de las dudas de identidad, como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. La duda del registrador se fundamenta en la magnitud del exceso conjuntamente con la alteración de los linderos, sin que de la nota de calificación resulte ninguna circunstancia adicional que acredite la existencia de un negocio traslativo encubierto. Por tanto, las dudas manifestadas en este caso no justifican por sí mismas la suspensión del procedimiento, en el que, además, siempre pueden practicarse las diligencias oportunas para disipar tales dudas. Como ya afirmó este Centro Directivo en la resolución de 20 de diciembre de 2016, se hace preciso cohonestar el contenido de los artículos 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. Por todo lo expuesto, lo procedente en el presente caso es la práctica de la anotación que publicita el comienzo del procedimiento y la continuación del mismo, en los términos indicados en los anteriores fundamentos, debiendo en consecuencia revocarse la nota de calificación.

Resolución de 27-10-2017
(*BOE* 27-11-2017)
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 2

USUFRUCTO: CONSTITUIDO SOBRE PARTE DE UNA FINCA.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo —Sala Tercera— en sentencia de 22 de mayo de 2000, el objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho. En contra de lo que se expresa ya en la calificación inicial por la que se suspendió la inscripción —suspensión que la registradora mantiene en la nota recurrida— no existe falta de claridad en cuanto a la porción respecto de la que se reserva el usufructo vitalicio la donante, así como en cuanto a la porción en nuda propiedad y pleno dominio que es objeto de donación. Como ha admitido esta Dirección General en resolución de 1 de julio de 2013, el usufructo inscribible puede recaer sobre parte de una finca, sin necesidad de previa segregación (o, en este caso, sin necesidad de previa individualización jurídica del departamento mediante división horizontal) siempre y cuando quede suficientemente determinada la porción de la finca sobre la que recaerá tal derecho de goce (*vid.* arts. 1261 y 1273 y sigs. del Código Civil, 9.1 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario).

Resolución de 27-10-2017
(*BOE* 27-11-2017)
Registro de la Propiedad de Burgos, número 3

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., las resoluciones en «Vistos»), la rectificación o cancelación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Resolución de 30-10-2017
(*BOE* 24-11-2017)
Registro de la Propiedad de Azpeitia

CONSUMIDORES Y USUARIOS: APLICACIÓN DE ESTA NORMATIVA A OPERACIONES MIXTAS. HIPOTECA: CANCELACIÓN PARCIAL.

Sobre la noción de consumidor en los contratos «mixtos» o de doble finalidad, 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 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ni el artículo 3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 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. 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 el auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes citados, al ser predominante la finalidad empresarial en el contrato objeto del recurso, el prestatario no puede tener la cualidad legal de consumidor. Por otro lado, inscrita una cláusula hipotecaria no puede prescindir de ella quien califica un documento referido al derecho inscrito ni cabe su alteración, pues se halla bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 Ley Hipotecaria) por lo que no cabe cuestionar si son o no abusivas unas cláusulas que ya accedieron a los libros registrales, salvo que jueces y tribunales ordenen la rectificación del Registro. Los artículos 82, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, y 174, párrafo tercero, y 179 del Reglamento Hipotecario, exigen como regla general la prestación del consentimiento del acreedor tanto para la cancelación total como para la cancelación parcial (total en cuanto a una finca) de la hipoteca, o cuando procediendo su cancelación (por ejemplo, en el supuesto del artículo 124 de la Ley Hipotecaria) no consistiere en ello, la aportación de una resolución judicial firme obtenida en juicio ordinario. En cuanto a la aportación de una certificación del saldo pendiente de pago librada por quien dice ser «directora de la oficina de Caja Laboral Popular Coop. de Crédito en Azpeitia», sin que se acredite la representación en que actúa la firmante y sin que ni siquiera se legitime su firma; aparte de tratarse de un documento carente de toda fehaciencia, debe recordarse que según el artículo 179 de la Ley Hipotecaria «aun cuando se haya extinguido por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción sino en virtud de escritura pública en la que preste su consentimiento para la cancelación el acreedor o las personas expresadas en el párrafo primero del artículo 82 de la Ley, o, en su defecto, en virtud de ejecutoria». Todos los párrafos transcritos parten de la existencia de un solo e indivisible préstamo en cuya garantía se constituye una hipoteca distribuida entre varias fincas y la regla general en nuestro sistema hipotecario es que la simple distribución de la responsabilidad hipotecaria que exige el artículo 119 de la Ley Hipotecaria, aunque se puede considerar que da lugar a tantas hipotecas como fincas gravadas, no implica la división del crédito. Por tanto, la invocación del artículo 124 es improcedente pues, como señalara la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2005, «no se está en la escritura de constitución de

hipoteca en presencia de la división de un crédito entre varias fincas, sino en presencia de un único crédito para cuyo pago se hipotecan diversas fincas, con la consiguiente y obligatoria valoración de las mismas. Es decir, que se está ante el supuesto del artículo 119 de la Ley Hipotecaria que dispone que "cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una pueda responder"». En consecuencia, solo cuando exista pacto claro en tal sentido, o cuando el acreedor ha aceptado voluntariamente el pago de una cantidad con el destino a la liberación de una finca (art. 1172 del Código Civil), será aplicable el artículo 124 de la Ley Hipotecaria y el acreedor estará obligado a consentir la cancelación parcial. En consecuencia, esta posibilidad, a falta de pacto, solo podrá operar respecto de adquirentes posteriores, pero no entre los contratantes funcionando la hipoteca entre ellos como si fuera solidaria, teniendo derecho el acreedor a perseguir ejecutivamente todas y cada una de las fincas indistintamente, por la totalidad del crédito hipotecario. Por tanto, en nuestro sistema hipotecario, es preciso distinguir entre que la pluralidad de las fincas hipotecadas sea originaria o sobrevenida, y entre que haya o no un tercero a quien pueda perjudicar la hipoteca de tal manera que: a) si la pluralidad objetiva es originaria, la distribución de responsabilidades hipotecarias es, según el artículo 119 de la Ley Hipotecaria, obligatoria; b) si la pluralidad objetiva es sobrevenida, la distribución, según el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, es voluntaria y requiere el acuerdo entre acreedor y deudor, en forma tal que si no hay tal distribución, la hipoteca se convierte en solidaria, y habiéndola, será de aplicación lo ya visto para el supuesto de pluralidad objetiva originaria; c) si hay un tercero a quien pueda perjudicar la hipoteca, según el artículo 120 de la Ley Hipotecaria, el acreedor hipotecario solo podrá repetir contra cada una de las fincas hipotecadas por la cantidad a que respectivamente estén afectas y la que a la misma corresponda por razón de intereses; pero, d) si no hay un tercero a quien pueda perjudicar la hipoteca, según resulta «a contrario» del artículo 120 de la Ley Hipotecaria, el acreedor hipotecario podrá repetir contra cada una de las fincas hipotecadas por la cantidad total asegurada, es decir, la hipoteca se presenta aquí sí como solidaria.

Resolución de 30-10-2017
(*BOE* 24-11-2017)
Registro de la Propiedad de Majadahonda, número 1

HIPOTECA: CANCELACIÓN EN LOS CASOS DE FUSIONES BANCARIAS.

La cuestión planteada debe resolverse según la doctrina de este Centro Directivo a propósito de la constancia registral de los cambios de titularidad de derechos (de activos inmobiliarios y/o créditos y préstamos hipotecarios) producidos como consecuencia de operaciones de fusión, absorción escisión total o parcial y cesión de ramas de negocio, en general, y de modificaciones estructurales de entidades bancarias y financieras, en particular, con aplicación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. En todos estos supuestos la eficacia de la transformación respectiva se produce con la inscripción en el Registro Mercantil (cfr. arts. 47, 73 y 89.2 de la reseñada Ley 3/2009), y con ello el efecto legal de la transmisión en bloque de todos los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades absorbidas, extinguidas, y también de las segregadas a favor de las sociedades beneficiarias. En este sentido no hay duda del carácter constitutivo de la inscripción de tales

operaciones en el Registro Mercantil. En su traslación al Registro de la Propiedad de estos negocios, resulta aplicable el artículo 16 de la Ley Hipotecaria. Lo relevante es que el nuevo titular traslade al registrador de la propiedad la voluntad de que se practique la inscripción a su favor del concreto bien o derecho de que se trate; que acredite que se trata de un supuesto de sucesión universal, y que identifique de modo claro el título traslativo, con expresión de todas las circunstancias que para la inscripción se reseñan en los artículos 9 de la Ley y 51 del RH. Según las anteriores consideraciones, de acuerdo con las exigencias del tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, es necesario que la sucesión en la titularidad de la hipoteca se haga constar en el Registro, aunque sea por el mecanismo del tracto abreviado, pues solo de esta forma se produce la conexión entre el titular registral originario de la hipoteca y el nuevo titular, otorgante de la escritura cuya inscripción se pretende. La segregación del negocio bancario se califica como una segregación de las previstas en el artículo 71 de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles. De acuerdo con ello, se entienden segregados todos los activos y pasivos que forman parte, entre otros, del negocio bancario y que se hallan incluidos dentro de un «perímetro», del que a su vez se excluyen determinados elementos. Pues bien, este presupuesto se cumple sin lugar a dudas en la segregación del negocio bancario de «Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante» —«Bancaja»—, y «Banco Financiero y de Ahorros, S.A.», en que las escasas excepciones a la cesión de activos son ajenas el negocio bancario. Ahora bien, la transmisión de activos de «Banco Financiero y de Ahorros, S.A.» a favor de «Bankia, S.A.», como es notorio y consta en el Registro Mercantil y en otras inscripciones en los Registros de la Propiedad, no constituyó, pese a lo que se manifiesta en la escritura, una sucesión universal propiamente dicha, sino que se excluyeron numerosos activos inmobiliarios y préstamos y crédito hipotecarios que se pormenorizaron en anexos a la escritura de transmisión. Es por ello que los modelos empleados desde el principio por «Bankia, S.A.» para la cancelación de activos de las antiguas cajas en cuyo negocio bancario se ha subrogado y, también hoy, en la generalidad de las Notarías, incorporan una «manifestación expresa» de que el activo no se encuentra en la lista de activos remanentes y, por consiguiente, que ha pasado efectivamente a «Bankia, S.A.», como requisito mínimo de identificación, y eso es precisamente lo que exige la registradora calificante.

Resolución de 31-10-2017
(*BOE* 24-11-2017)
Registro de la Propiedad de Cuenca

TÍTULO INSCRIBIBLE: ACTO DE CONCILIACIÓN.

Se cuestiona en este expediente si puede tener acceso al Registro el acuerdo alcanzado por las partes en un acto de conciliación llevado a efecto ante el Juzgado de Paz de Landete. Conforme a dicha doctrina (*vid.* «Vistos»), el principio de titulación formal en nuestro Derecho viene instaurado en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, exigiéndose en su virtud titulación pública. La conciliación se encuadra dentro de los procedimientos de resolución alternativa de conflictos. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha llevado a cabo una nueva y más completa regulación del acto de conciliación. La principal novedad que aporta la reforma consiste en permitir que la conciliación pueda

realizarse, no solo en el ámbito procesal, sino también ante otros funcionarios públicos distintos: los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles. El Tribunal Supremo, en una sentencia de su Sala Primera de 5 de noviembre de 1976 (confirmada por otra de esa misma Sala de 31 de octubre de 1989), ha declarado que la conciliación se muestra «más que como un verdadero acto procesal, como un negocio jurídico particular, semejante en todo a la transacción, cuya validez intrínseca deberá estar condicionada a la concurrencia de los requisitos exigidos para todo contrato o convenio en el artículo 1261 en relación con el artículo 1300 del Código Civil, pudiéndose en caso contrario impugnar dicha validez mediante el ejercicio de la acción de nulidad (…)». En el caso de la conciliación el letrado de la Administración de Justicia (o el juez de Paz, según los casos), el notario o el registrador de la propiedad o mercantil no han de limitarse a dar fe de que las partes han alcanzado o no un acuerdo. Han de desarrollar una labor conciliadora que procure encontrar puntos de encuentro entre las partes que faciliten el acuerdo. Consecuencia de la intervención de los citados fedatarios y dado que el acuerdo final de las partes se va a recoger en un acta intervenida por el funcionario correspondiente, a la misma se le va a reconocer el carácter de documento público y con plena fuerza ejecutiva. Ahora bien, el hecho de que el acta de conciliación que recoja el acuerdo alcanzado tenga la condición de documento público, tal y como sucede en el caso del auto que homologa la transacción, no significa que el acta o certificación expedida sean títulos inscribibles de los previstos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, por cuanto no todo documento público de manera indiscriminada e intercambiable es título formal inscribible en los términos exigidos en el citado artículo 3 de la Ley Hipotecaria y el artículo 33 de su Reglamento.

Resolución de 31-10-2017
(*BOE* 24-11-2017)
Registro de la Propiedad de Cebreros

HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS CUANDO SOLO EL FIADOR TIENE ESTA CONDICIÓN.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, señala que constituyen su ámbito de aplicación «las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios» (art. 2); se consideran consumidores o usuarios «las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad jurídica que actúan en un ámbito ajeno a una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión» (art. 3). Partiendo de estas definiciones es evidente que en el presente supuesto el prestatario, la mercantil «Carl & Dian, S.L.U.», empresa dedicada a la hostelería, teniendo en cuenta que el préstamo tiene por finalidad la inversión en activos destinados a esa actividad, no tiene la condición de consumidor pues actúa dentro del marco de su actividad empresarial y, por tanto, la normativa de consumidores no es aplicable al contrato principal de préstamo o crédito hipotecario. Pero el ámbito de aplicación de la normativa de protección de consumidores no se limita a las personas deudoras principales del crédito, verdaderos beneficiarios del mismo, ni atiende solamente al destino o finalidad por la que el mismo se concede, sino que su aplicabilidad se extiende a aquellos supuestos en que interviene un fiador, avalista o garante en general.

Determinación de la normativa aplicable. El Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2015, C-74/15, asunto Tarcau, señala 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 de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de 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 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 española, 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 del fiador o hipotecante de deuda ajena, en su relación con el objeto garantizado o con su actividad profesional pues, como hemos visto, la condición de consumidor del garante no viene determinada por razón de la naturaleza de la obligación garantizada con la fianza. Determinación de la normativa aplicable. Como consecuencia de todo lo expuesto, en el presente supuesto resulta aplicable la legislación de protección de los consumidores que resulta de la normativa anteriormente citada. Como regla general, se estima que si nos encontramos antes dos relaciones jurídicas distintas y autónomas y si la determinación de la aplicación de las normas uniformes sobre cláusulas abusivas debe apreciarse, como se ha explicado anteriormente, 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 de préstamo garantizado, a la que le será aplicable la normativa que corresponda en atención, igualmente, a la condición de sus partes contratantes. Los intereses moratorios en los préstamos entre profesionales. Determinado que la condición de consumidor del garante del préstamo hipotecario objeto de esta resolución no determina la extensión del control de abusividad respecto de las cláusulas del contrato principal de préstamo garantizado, se debe concluir que, en este supuesto, no son aplicables los límites que respecto a los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios ha impuesto el Tribunal Supremo, ya que, como se ha indicado anteriormente, se trata de una operación de crédito entre profesionales en que el prestatario actúa en el ámbito de actividad empresarial y, por tanto, al margen de la normativa de protección de los consumidores. En conclusión, cuando no es aplicable la legislación especial en materia de consumidores, la relación jurídica, a salvo ciertos matices, se enmarca en el ámbito del contrato por negociación en donde la ponderación de los presupuestos del equilibrio prestacional se realiza conforme a los criterios de interpretación del Código Civil (art. 1281 del Código Civil), que atiende, fundamentalmente, a la voluntad manifestada por las partes. Y, en este ámbito contractual, no es posible extrapolar los mecanismos de control de la abusividad propios de la contratación seriada con los consumidores.

Resolución de 2-11-2017
(*BOE* 29-11-2017)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 1

HERENCIA: INEFICACIA DE LA SUSTITUCIÓN VULGAR POR INEXISTENCIA DE SUSTITUTOS.

La Dirección General de Registros y del Notariado ha resuelto en numerosas ocasiones sobre la cuestión de la acreditación de quienes son los sustitutos vulgares o de la inexistencia de los mismos en su caso. Acreditado con el título sucesorio del sustituido que los que invocaban la condición de sustitutos eran descendientes del mismo y como tales llamados a sustituirlo, no es necesario acreditar el hecho negativo de que no existen otros que los resultantes de ese título. De estos los párrafos 3º y 4º del artículo 82 RH, que son específicos de aplicación las sustituciones hereditarias «de cualquier clase», se desprende lo siguiente: 1.º) Que, a efectos registrales, que son los que contempla el Reglamento Hipotecario, no es suficiente la mera manifestación «para hacer constar la ineficacia del llamamiento sustitutorio», por cuanto ambos párrafos se refieren a la «acreditación» del hecho; 2.º) Que el Reglamento admite el acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial como medio adecuado para acreditar tal ineficacia, que cuando se trate de un «hecho», es en este caso un hecho negativo, pues consiste en acreditar la inexistencia de los descendientes llamados como sustitutos vulgares para así dar paso al derecho de acrecer; 3.º) Que el supuesto más frecuente, e incluso típico, de «ineficacia del llamamiento sustitutorio» es precisamente la inexistencia de descendientes y que se trata de un hecho que es susceptible de acreditarse por medio de acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial, por la vía del artículo 209 del mismo, pues, si para acreditar la declaración de herederos abintestato se prevé el acta de notoriedad del artículo 209 bis del mismo Reglamento, no existe obstáculo para que uno de los extremos que es necesario acreditar por esta última, pueda acreditarse por el acta de notoriedad ordinaria del artículo 209 cuando no haya necesidad de acudir al acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato; y, 4.º) Que el acta de notoriedad no es el medio exclusivo para acreditar la ineficacia del llamamiento sustitutorio, puesto que el artículo 82 establece que «podrá determinarse» por ella (párrafo tercero) y que «también será título suficiente» (párrafo cuarto), por lo que también existen otros medios de acreditación, tal como ha señalado este Centro Directivo, y concretamente, aparte del testamento del heredero sustituido (…) existe en todo caso la posibilidad de obtener la declaración de herederos abintestato del propio sustituto, que puede ser útil si tuviera otros bienes, y que, según quienes la solicitaran, podría tramitarse por medio de acta de declaración o por auto judicial, atendiendo a los parientes de que se tratara». Son numerosos los casos en los que la manifestación del interesado es medio de prueba: la del estado de soltero, viudo o divorciado se acredita por manifestación solemne del propio sujeto, sin que sea preciso exigir otros medios de prueba. También ha declarado este Centro Directivo (resoluciones en «Vistos»), para el caso de premoriencia, a los efectos de la acreditación de inexistencia de descendientes del instituido, que basta la manifestación en ese sentido hecha por el sustituido en su testamento. Debe tenerse en cuenta que en el presente expediente no hay un llamamiento nominativo a favor de sustitutos concretos, sino un llamamiento a genéricos descendientes, por lo que debe bastar la manifestación que realiza la renunciante en la escritura pública de partición, que igualmente es un documento público.

Resolución de 2-11-2017
(*BOE* 29-11-2017)
Registro de la Propiedad de Ribadeo-A Fonsagrada

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE.

Es preciso recordar, una vez más, lo que dispone el artículo 326 de la Ley Hipotecaria: «El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma». Tal y como ya ha quedado resuelto en pronunciamientos previos, la transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo tal acuerdo carácter de cosa juzgada entre ellos tal y como se prevé en los artículos 1809 y 1816 del Código Civil; mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional en cuanto al poder de disposición de las partes en relación al objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción. La transacción, aun homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (art. 1817 del Código Civil). El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (art. 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La homologación judicial no altera el carácter privado del documento pues se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Por ello, y fuera de los supuestos en que hubiese habido oposición entre las partes y verdadera controversia, el acuerdo de los interesados que pone fin al procedimiento de división de un patrimonio no pierde su carácter de documento privado, que en atención al principio de titulación formal previsto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, exige el previo otorgamiento de escritura pública notarial a los efectos de permitir su acceso al Registro de la Propiedad. Partiendo de estos principios, también este Centro Directivo (cfr., por todas, resoluciones de 25 de febrero y 9 y 10 de marzo de 1988), ha admitido el carácter inscribible del convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio y que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la separación. Teniendo en cuenta esto, recientes resoluciones de este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones de 18 de mayo y 26 de julio de 2017) han admitido la viabilidad como título inscribible de un acuerdo transaccional homologado por el juez, siempre que su objeto sea el propio de un convenio regulador (art. 90 del Código Civil) y resulte de la documentación presentada la conexión de dicho acuerdo con una situación de crisis matrimonial. En el supuesto de este expediente, los titulares adquirieron las fincas en estado de casados en régimen de separación de bienes y no ha quedado acreditado ni el carácter habitual de alguna de las viviendas adjudicadas ni que al tiempo de emitirse la calificación por parte de la registradora, exista una conexión directa entre este acuerdo y la crisis matrimonial de los contendientes.

Resolución de 3-11-2017
(*BOE* 29-11-2017)
Registro de la Propiedad de Tudela Nº1

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESIDAD DE QUE EL PROCEDIMIENTO SE DIRIJA CONTRA EL TITULAR REGISTRAL. ANOTACIONES PREVENTIVAS: CADUCIDAD.

Como ha afirmado de forma reiterada esta Dirección General, 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. Reiterando una asentadísima doctrina, este Centro Directivo ha afirmado en su resolución de 2 de agosto de 2014, que la declaración de nulidad de una escritura pública en un procedimiento judicial, en el que no han sido parte los titulares de titularidades y cargas posteriores y que no fue objeto de anotación preventiva de demanda de nulidad con anterioridad a la inscripción de tales cargas o derechos, no puede determinar su cancelación automática. En el presente caso se habían tomado anotaciones preventivas pero estas han caducado. Todas las anteriores consideraciones llevan al resultado de que para que la sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores —cuando no estuviera vigente la anotación preventivamente de la demanda— es necesario que al menos hayan sido emplazados en el procedimiento, lo que en este caso no se ha efectuado. 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, 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 aquél 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). 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.

Resolución de 3-11-2017
(*BOE* 29-11-2017)
Registro de la Propiedad de Cangas del Narcea-Tineo

HERENCIA: TÍTULO INSCRIBIBLE EN LA PARTICIÓN JUDICIAL.

El procedimiento especial de división de herencia tiene por objeto llevar a cabo la partición cuando, a falta de la llevada a cabo por el testador o por el contador-partidor designado testamentariamente, no existe acuerdo entre los llamados a la sucesión sobre la forma de realizarla o sobre la solicitud de designación de un contador-partidor dativo (art. 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Si los interesados prestan su conformidad a las operaciones de avalúo y división (con o sin las modificaciones a que se refiere el art. 787.4), el procedimiento finaliza con el decreto del letrado de la Administración de Justicia por el que se dan por aprobadas. No debe confundirse este supuesto con aquel otro en el que las partes, llegando a un acuerdo ajeno a la propuesta del contador o anterior a que esta se produzca, ponen fin al procedimiento especial iniciado. Por lo que se refiere al auto de aprobación de la transacción, es continua doctrina de esta Dirección General (por todas, resolución de 20 de junio de 2017), que el auto que pone fin al procedimiento no es directamente inscribible en el Registro de la Propiedad al no contener una resolución sobre el fondo del asunto. Como ha tenido ocasión de señalar este Centro Directivo, en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública, por aplicación del artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. resoluciones de 9 de diciembre de 2010 y 20 de junio de 2017). La protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición, viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este criterio, además, es compartido unánimemente por la doctrina, para quienes la referencia a la sentencia firme contenida en el artículo 14 de la Ley Hipotecaria se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición. El vigente artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante decreto del secretario judicial, hoy letrado de la Administración de Justicia, pero en cualquier caso ordenando protocolizarlas.

Resolución de 6-11-2017
(*BOE* 29-11-2017)
Registro de la Propiedad de Marbella Nº1

DOCUMENTO OTORGADO ANTE NOTARIO EXTRANJERO: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo, Sala Tercera, en sentencia de 22 de mayo de 2000, el objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho. El hecho de que sea el acto de calificación el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo del artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación

del registrador, pues, de no ser así, y estimarse otros defectos no incluidos en la misma supondría indefensión para el recurrente. Para la resolución de este recurso ha de tenerse especialmente presente la normativa introducida por la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, en tanto se trata de la inscripción de un título otorgado ante notario extranjero. El Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo de 17 de junio de 2008 (Roma I) tiene carácter universal y la «lex contractus» determinada por la norma de conflicto se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil. Esto no obstante existen ciertos aspectos que se excluyen de su aplicación en el artículo 1.2, como son las cuestiones relativas al Derecho de Sociedades referentes a la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución y la responsabilidad personal de los socios y los administradores —artículo 1.2, f)—, así como también, la posibilidad de un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar —artículo 1.2, g)—. Habida cuenta de tales exclusiones, debe aplicarse el Código Civil, según el cual la ley personal de las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y rige todo lo relativo a la capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción (art. 9.11), y, respecto de la representación voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, se le aplica la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas (art. 10.11). Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero solo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad y también su legitimación para el acto o negocio que contenga. Desde la perspectiva formal, la legalización, la apostilla en su caso, o la excepción de ambos, constituyen un requisito para que el documento autorizado ante funcionario extranjero pueda ser reconocido como auténtico en el ámbito nacional. Sin embargo, ello no obsta para que la actuación de la autoridad apostillada deba ser valorada de acuerdo con el principio de equivalencia de funciones que informa el ordenamiento español en esta materia, en los términos antes referidos. Por lo que se refiere a la acreditación fehaciente de las facultades representativas del otorgante, en la escritura autorizada por un notario español la reseña que el notario realice de los datos identificativos del documento auténtico y su juicio de suficiencia de aquellas facultades representativas harán fe, por sí solas, de la representación acreditada, en los términos establecidos en el artículo 98 de la Ley 24/2001. Pero este precepto legal no es aplicable a la acreditación de la representación que se rija por la ley extranjera, como ocurre en el presente caso. Precisamente por ello debe acreditarse que en tal extremo la escritura otorgada ante notario extranjero es equivalente a la que autorizan los notarios españoles. Si se trata de representación voluntaria conferida en el extranjero, el registrador calificará la eficacia formal del poder (legalización, apostilla y traducción, en su caso) y, además, que exprese el cumplimiento de los requisitos de equivalencia del poder otorgado en el extranjero (cfr. los arts. 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil; y, en su caso, la disposición adicional tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria), es decir, que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen, que implica jui-

cio de identidad, de capacidad y de legitimación de los otorgantes y que resulta sustancial y formalmente válido conforme a la ley aplicable (arts. 10.11 y 11 del Código Civil), si bien el registrador, bajo su responsabilidad, puede apreciar esa equivalencia (cfr. art. 36 del Reglamento Hipotecario, que es fuente de la cooperación jurídica internacional —*vid.* la disposición adicional primera, en relación con el art. 2, de la Ley 29/2015—). En el caso de este expediente nada se expresa en la escritura calificada sobre las facultades representativas de quien la otorga en nombre de la sociedad vendedora, ni sobre la equivalencia formal y material, no ya de esa escritura respecto de las otorgadas por notarios españoles, sino del documento que constituye el título representativo. Por ello, no puede reputarse suficiente para acreditar la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a los efectos de la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad.

Resolución de 6-11-2017
(*BOE* 29-11-2017)
Registro de la Propiedad de Almuñécar

PUBLICIDAD FORMAL: INFORMACIÓN SOBRE EL PRECIO DE UNA COMPRA.

Se debate en este recurso si procede la inclusión del precio de unas compraventas en una certificación de historiales registrales, solicitada por quien no es el titular registral, ni interviniente en las escrituras públicas de compraventa que motivaron las inscripciones, pero sí heredero de uno de los socios de la sociedad que fue titular registral de las fincas. 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 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, se solicita el precio relativo a determinadas escrituras de compraventa en las que no ha sido parte el solicitante de la certificación, alegando como interés jurídico la necesidad de aportarlo por haber sido su mandante demandada en el proceso de división de herencia número 1586/2016 tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Granada. 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.

Resolución de 7-11-2017
(*BOE* 29-11-2017)
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 11

OBRA NUEVA: GEORREFERENCIACIÓN EN LOS CASOS DE AMPLIACIÓN DE OBRA.

En cuanto al primer defecto señalado por la registradora, se plantea si es obstáculo que impida la inscripción el describir la finca utilizando la expresión «nave industrial entre medianeras». De forma similar a como se pronunció este Centro Directivo en la resolución de 27 de junio de 2006, aquí estamos en presencia de una simple controversia en orden al modo de practicar —extender— determinado asiento de inscripción (circunstancias que ha de contener el mismo) y no ante un supuesto en el que el registrador haya de calificar en torno a la constitución de una medianería (sea cual sea su naturaleza jurídica). Por último, tampoco cabe entender que la expresión «entre medianeras», venga a suponer una verdadera mención. Para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción

de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Desde el punto de vista técnico, la georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, aun cuando deberá hacerse en el mismo sistema oficial de referencia que se especifica en la Resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015 (Proyección UTM, sistema ETRS89 para la península o RegCan95 para Canarias), no necesita, en cambio, ser aportada necesariamente en el concreto formato GML a que, para otros supuestos, sí que alude la citada resolución. Igualmente será válida la aportación de una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquélla. Solo será exigible en los casos en que la edificación se encuentre finalizada. La obligada georreferenciación de la superficie de suelo ocupada por cualquier edificación, aun cuando habrá de ser preceptivamente comunicada por los registradores al Catastro en cumplimiento de la citada resolución conjunta, tampoco afecta propiamente al concepto ni al proceso de «coordinación geográfica» entre la finca registral y el inmueble catastral. En los supuestos de ampliación de una edificación ya inscrita, se afirmó por esta Dirección General, en resolución de 23 de mayo de 2016 (reiterada en la de 6 de febrero de 2017), que en tales casos «la superficie ocupada por la construcción ya consta en el Registro, bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria), y no es objeto de modificación o alteración en la escritura de ampliación de obra nueva por elevación de nuevas plantas. Por ello, el rigor de la norma debe atenuarse, puesto que el encaje en el supuesto de hecho previsto en el artículo 202 no es pleno, al ya constar en los libros del Registro el dato de la parte del solar sobre el que se eleva la construcción, y ser este precisamente el que origina la necesaria ubicación por medio de sus coordenadas georreferenciadas. No obstante, en el caso que nos ocupa, la ampliación de edificación declarada altera la superficie de parcela ocupada consignada en el Registro, por lo que es procedente aportar las coordenadas de la porción de suelo ocupada en los términos que han quedado expuestos. La cuestión principal que aquí se plantea es la de si para inscribir la edificación es defecto la falta de coincidencia entre la superficie ocupada por ella según la descripción literaria que figura en el título y la que resulta de las coordenadas catastrales aportadas para dar cumplimiento al artículo 202 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, en el caso que nos ocupa, no pudiéndose obtener de la sede de Catastro las coordenadas de la superficie de los 1.336,31 metros cuadrados ocupados por la edificación, y sin que se haya efectuado ninguna rectificación en el título de dicha superficie de parcela ocupada en términos coincidentes con las coordenadas aportadas; tales coordenadas, exigidas por el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, habrán de ser aportadas al Registro por el interesado tal y como indica la registradora en su calificación, que debe confirmarse en este sentido.

Resolución de 8-11-2017
(*BOE* 28-11-2017)
Registro de la Propiedad de Pozoblanco

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 calculatoria, pero parece sin embargo desproporcionado que, en sede registral, sin una declaración clara y terminante de la ley al respecto, se reconozca una eficacia calculatoria 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 tramites 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.

Resolución 10-11-2017
(*BOE* 30-11-2017)
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 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). 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 13-11-2017
(*BOE* 30-11-2017)
Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 1

RECURSO GUBERNATIVO: LEGITIMACIÓN PARA INTERPONERLO. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS. CALIFICACIÓN REGISTRAL: INDEPENDENCIA.

Conforme al 325 LH el recurrente no acredita tener interés en asegurar los efectos de la inscripción pretendida ni representación en virtud de la cual actúe. No obstante, ese mismo precepto legal, en su apartado a), establece que la falta de acreditación de la representación se podrá subsanar en el plazo concedido para ello, no superior a diez días, salvo que las circunstancias del caso así lo requirieran. Y si bien no precisa en qué fase del procedimiento ni por quién se ha de advertir ese defecto formal para su subsanación, esta Dirección General (*vid.* resoluciones de 18 de mayo de 2016 y 23 de enero de 2017) ha señalado que bien cabe entender que es el propio registrador, como impulsor del procedimiento, quien deberá examinar la documentación presentada y si observare deficiencia, exigir al recurrente la subsanación de la misma. Como ha señalado este Centro Directivo en resoluciones de 13 de enero de 2011 y 6 de junio de 2012, incorporada la concentración al Registro, la inscripción está sujeta a los principios hipotecarios, sin más particularidades que las de la inscripción obligatoria y la de exigirse acompañar un plano cuando se altere el perímetro de la finca. Por esta razón, la rectificación del error consistente en la adjudicación de una finca a doña C. V. G., en estado de viuda, cuando en realidad debiera constar que tenía carácter ganancial de ella y de su marido, por existir un defecto o error en el título que motivó el asiento, debe ajustarse a la regla general prevista en el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, siendo necesario el consentimiento de la titular registral —o sus herederos— que por la rectificación de la inscripción queda afectada respecto de su derecho sobre la finca, o en su defecto, resolución judicial dirigida contra esta última, y sin que sea suficiente un documento administrativo, aun cuando este sea expedido por la misma autoridad que expidió el título cuya rectificación se pretende. Del título presentado a inscripción no resulta un consentimiento formal expreso de la titular registral, protegida por los pronunciamientos registrales, ni siquiera que haya sido oída en el procedimiento administrativo sin manifestar su oposición (tampoco el consentimiento de sus herederos). El registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

Resolución de 13-11-2017
(*BOE* 30-11-2017)
Registro de la Propiedad de Lucena, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. BIENES GANANCIALES: EXTINCIÓN DE CONDOMINIO.

Esta Dirección General ha puesto de relieve en reiteradas ocasiones (*vid.*, entre otras muchas, las resoluciones de 28 de enero de 2012 y 13 de marzo de

2014), que el recurso a que se refieren los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria solo cabe contra la suspensión o denegación de un asiento, de modo que, practicado el asiento, queda bajo la salvaguardia de los tribunales (cfr. art. 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria); que tampoco puede interponerse el recurso sobre la forma de inscripción; y que no cabe rectificación de la inscripción ya hecha, debiendo entonces acudirse al procedimiento de rectificación de errores regulado en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria y, sobre todo, que la procedencia o improcedencia de determinada particularidad de una inscripción no es posible dilucidarla en un recurso gubernativo, aunque cabría solicitar la rectificación del Registro y, ante la negativa, recurrir la misma. La extinción de la comunidad termina con la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero, o comuneros, a quien o quienes, se adjudica el bien entero, o cada una de las porciones materiales que resulten de su división, sin que por ello pueda considerase que se trata de un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza especificativa con todas las consecuencias que ello lleva implícito. 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. Esta última idea expresa lo que se conoce como el llamado principio de subrogación real. Sin embargo, este principio no es de aplicación universal, pues a él se anteponen otros criterios que el legislador ha considerado como prioritarios para determinar la naturaleza de los bienes, como pueden ser el de la accesión (cfr. art. 1359 del Código Civil), el de la autonomía de la voluntad (cfr. art. 1355 del Código Civil) o el del carácter del propio bien del que deriva el derecho a la adquisición (cfr. arts. 1346.4, 1347.4 o 1352 del Código Civil). 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.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.ª DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 11-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro Mercantil Central, número I

DENOMINACIÓN SOCIAL. IDENTIDAD.

Se solicita certificación negativa de la denominación «Iuris9 Advocats, SLP». La Dirección General entiende que no hay identidad con la registrada «De Iure

Abogados SL», pero sí respecto de la utilización de la palabra «Abogados» y «Advocats» y con «Iuris 4 Abogados» y «Iuris 5 Abogados», resaltando además que la utilización del cardinal «9» no constituye un elemento suficientemente diferenciador.

Resolución de 12-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro Mercantil de Lugo

AUMENTO DE CAPITAL. COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS.

Reitera la doctrina de la resolución de 30 de noviembre de 2012. Para inscribir un aumento de capital por compensación de créditos es esencial el consentimiento expreso o tácito del aportante por aplicación del artículo 1261 del Código Civil. No es posible que se aporte un bien o derecho sin el consentimiento del titular del mismo y, menos aún, contra su oposición expresa, y esto es también aplicable a la compensación de créditos contra la sociedad. No puede haber aumento si no hay suscripción por el socio acreedor o por el acreedor no socio llamado a serlo.

Resolución de 13-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro Mercantil de Santiago de Compostela

CALIFICACIÓN. CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA. RECTIFICACIÓN DE ERRORES.

La calificación sustitutoria no es un recurso sino una auténtica calificación. El registrador sustituto no puede añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido. Su eventual calificación negativa no puede ser objeto de recurso, sino que, en tal caso, se devuelve el título al interesado para que subsane o interponga recurso frente a la calificación del sustituido. El Centro Directivo resalta la doctrina relativa a la rectificación de los asientos y, en cuanto a los errores de concepto, exige acuerdo unánime de los interesados y del registrador o resolución judicial, salvo cuando a juicio del registrador resulte claramente de los asientos, en cuyo caso se realiza de oficio. Si el registrador, como es el caso, considera que no hay error de concepto, debe acudirse a los tribunales de justicia puesto que los asientos registrales están bajo su salvaguarda (art. 20.1 Cco).

Resolución de 14-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número I

CUENTAS ANUALES. AUDITOR A INSTANCIA DE LA MINORÍA. REITERA ABUNDANTÍSIMA DOCTRINA.

Habiendo sido designado auditor a instancia de la minoría, no puede practicarse el depósito de las cuentas sin acompañar el correspondiente informe de verificación.

Resolución de 11-9-2017
(*BOE* 5-10-2017)
Registro Mercantil de Madrid, número V

AUDITORES. SOCIEDAD DE AUDITORÍA.

Respecto del ejercicio societario de la actividad de auditoría, la ley de sociedades profesionales tiene carácter de derecho supletorio en relación con la legislación de auditoría de cuentas en cuanto no resulte incompatible con esta (DA 1ª Ley 2/2007 de sociedades profesionales, art. 11.2 Ley 22/2015 de auditoría de cuentas). El requisito de la colegiación se suple con la inscripción en el ROAC y, en cuanto a la titulación universitaria, basta con que se hayan cursado los estudios u obtenido los títulos que facultan para el ingreso a la Universidad y haber adquirido la formación práctica señalada en la Ley de auditoría de cuentas. Por ello las sociedades auditoras pueden ser sociedades profesionales constituidas conforme a la Ley 2/2007 o adaptadas voluntariamente a ella con cumplimiento de los requisitos específicos de la Ley de auditoría. Y también puede constituirse una sociedad de auditoría de cuentas (sin que sea de intermediación en servicios de auditoría) sin revestir la forma de sociedad profesional, en cuyo caso las normas de la ley 2/2007 se aplicarán de modo supletorio.

Resolución de 18-9-2017
(*BOE* 13-10-2017)
Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número I

DENOMINACIÓN. OBJETO SOCIAL PROFESIONAL.

La denominación social no puede incluir el término «arquitectos» cuando no se trata de una sociedad profesional sino que, entre otras actividades, tiene por objeto la «intermediación en servicios técnicos de arquitectura» pues ello no responde al criterio de veracidad. Hay una serie de preceptos que prohíben denominaciones, como las que induzcan a confusión en el tráfico, las oficiales, las que incluyan el nombre o seudónimo de una persona sin su consentimiento, o la denominación objetiva que haga referencia a una actividad no incluida en el objeto de la sociedad (arts. 406, 401, 402, 405 RRM). En este caso la sociedad constituida no es profesional, puesto que expresamente se dispone que es de intermediación respecto de los servicios de arquitectura. Pero la inclusión en la denominación del término «arquitectos» sin precisar en ella que es de intermediación induce a confusión, pues se presenta en el tráfico jurídico como una sociedad de arquitectura cuando no lo es.

Resolución de 20-9-2017
(*BOE* 16-10-2017)
Registro Mercantil de Barcelona, número XII

ACUERDOS SOCIALES. MAYORÍAS.

La sociedad de responsabilidad limitada se caracteriza por que en ella conviven elementos personalistas y capitalistas, así como por la flexibilidad de su

régimen jurídico, a fin de que la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias. Por ello se establece un sistema de mayorías de decisión por referencia al capital social con unas mayorías mínimas, ordinarias y reforzadas, que son imperativas. Y, al tiempo, se admiten disposiciones estatutarias que establezcan mayorías viriles, pero sin que en ningún caso puedan sustituir las mayorías referidas a las participaciones en que se divide el capital. Por ello puede disponerse en los estatutos que los acuerdos de la Junta general se adopten con el voto favorable de un determinado porcentaje de los socios asistentes, siempre que no sustituyan sino que completen las mayorías mínimas que la Ley establece referidas a las participaciones sociales en que se divida el capital social. El Centro Directivo entiende que en el caso contemplado, interpretando conjuntamente las disposiciones contenidas en el artículo estatutario debatido, esas normas imperativas son respetadas.

Resolución de 20-9-2017
(*BOE* 16-10-2017)
Registro Mercantil de Valencia, número VI

AUDITORES. COMPETENCIA PARA SU DESIGNACIÓN.

Las sociedades mercantiles en cuanto a sus obligaciones de formulación de cuentas anuales, auditoría y depósito en el Registro Mercantil están sujetas a la legislación mercantil, sin que haya distinción por el hecho de que sus socios o accionistas sean públicos o privados. La competencia para la designación de auditor en sociedades obligadas a verificación contable corresponde a la Junta general, la cual debe ser ejercida en el marco temporal limitado del, en su caso, primer ejercicio a auditar o de aquel que corresponda si se trata de ejercicios posteriores a los iniciales. Transcurrido el ejercicio social sin que la competencia haya sido ejercitada por la junta general o cuando, ejercitada, el auditor designado no acepte o no pueda ejercer su cargo, la competencia corresponde al registrador mercantil del domicilio social. El hecho de que la sociedad en cuestión forme parte del sector público instrumental de la Administración, o que tenga carácter unipersonal, no altera las reglas de competencia sobre designación de auditores.

Resolución de 4-10-2017
(*BOE* 30-10-2017)
Registro Mercantil de Sevilla, número III

AUMENTO DE CAPITAL. DESEMBOLSOS PASIVOS.

El órgano de administración es el que ostenta las competencias relacionadas con la aportación de los desembolsos pendientes y el que acuerda o decide sobre ello. Debiendo ser quien reclame al accionista que se halle en mora en el pago de los desembolsos pendientes el reintegro de estos, sin necesidad del previo acuerdo de la Junta. Para la inscripción de los sucesivos desembolsos de capital social, es necesaria y suficiente la sola manifestación que en escritura pública realice el órgano social competente, sobre la realidad de dichos desembolsos, acompañando los documentos acreditativos pertinentes, sin que baste una manifestación al

respecto realizada por el socio que realiza el desembolso. El desembolso debe constar en escritura pública otorgada, no por la entidad aportante, sino por el órgano de administración de la sociedad cuyo capital social se desembolsa, y al que corresponde dar nueva redacción al artículo de los estatutos sociales de la misma correspondiente al capital social.

Resolución de 4-10-2017
(*BOE* 31-10-2017)
Registro Mercantil de Valencia, número III

SOCIEDADES PROFESIONALES. SOCIOS PROFESIONALES Y PARTICIPACIONES.

No puede confundirse el diferente régimen jurídico aplicable a los socios profesionales por su condición de tales con la existencia de participaciones privilegiadas o con atribución de diferentes conjuntos de derechos. Si es precisa la individualización en el Registro Mercantil de las participaciones sociales atribuidas a los socios profesionales es porque de ese modo puede controlarse el cumplimiento de sus requisitos estructurales y de funcionamiento. Pero si, además, existen participaciones con privilegio en el dividendo, en la cuota de liquidación, en el ejercicio del derecho de voto o cualquier otro compatible con su régimen jurídico es preciso que consten debidamente individualizadas de modo que cualquier tercero pueda conocer su estatuto jurídico. En el supuesto analizado, todas las participaciones son iguales y atribuyen los mismos derechos. De aquí que la previsión estatutaria de que la transmisión de participaciones sociales de un socio profesional a un no profesional o viceversa, haya de provocar un cambio de clase de participación induce a error pues no pueden confundirse las consecuencias que pueda tener la transmisión de participaciones de un socio profesional a quien no lo es (o viceversa), con la existencia de participaciones que atribuyen distintos derechos a sus titulares, pues no existe cambio de clase. Cosa distinta es que la transmisión de una participación de un socio profesional a quien no lo es se sujete a requisitos específicos y pueda acarrear consecuencias jurídicas distintas a la transmisión de participaciones entre no profesionales, pero sin que ello afecte al conjunto de derechos que atribuye su titularidad que permanece inalterado.

Resolución de 11-10-2017
(*BOE* 6-11-2017)
Registro Mercantil de Madrid, número XV

CIERRE REGISTRAL. BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE HACIENDA.

La regulación actual se contiene en el artículo 119.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades con un contenido idéntico al de su precedente y se completa con el artículo 96 RRM. Vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades, no se puede practicar ningún asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada, salvo los asientos ordenados por la autoridad judicial y la certificación de alta en dicho Índice. Por tanto, este cierre impide la inscripción tanto del nombramiento del nuevo administrador como la del cese del anterior. Las consecuencias de este cierre difieren de las que

se producen en el caso de cierre por falta de depósito de cuentas (arts. 282 LSC y 378 RRM) en el que se admite como excepción también la inscripción del cese o dimisión de administradores, aunque no el nombramiento de los que hayan de sustituirles. Y ello aunque el cese se produjera, en fecha anterior a la constancia en el Registro de la baja en el Índice de Entidades, puesto que la calificación debe realizarse sobre la base de lo que resulte del título y de la situación que conste en el Registro en el momento de la presentación de aquel. Por otra parte, los administradores, sin distinguir si son los salientes o entrantes, están obligados a presentar en el Registro Mercantil, dentro de los ocho días siguientes a la aprobación del acta, testimonio notarial de los acuerdos inscribibles, (art. 26.3 Cco).

Resolución de 16-10-2017
(*BOE* 6-11-2017)
Registro Mercantil de Madrid, número XI

ACUERDOS SOCIALES. MAYORÍAS PARA SU ADOPCIÓN. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. MAYORÍAS PARA ADOPCIÓN DE ACUERDOS.

La disposición estatutaria según la cual el Consejo de administración estará formado por un número mínimo de cinco y un máximo de quince consejeros queda vulnerado por los mismos estatutos que exigen para la adopción de determinados acuerdos el voto de, al menos, ocho consejeros, pues esta última disposición es de imposible cumplimiento si el Consejo lo integran menos de nueve consejeros y ello es incompatible con el principio mayoritario la exigencia estatutaria de unanimidad para adoptar acuerdos del consejo y además comporta una limitación de las competencias y facultades representativas del órgano de administración. La Ley de Sociedades de Capital permite reforzar o aumentar los *quórums* y mayorías legalmente exigibles para la adopción de determinados acuerdos pero ese margen a la libertad tiene sus límites, tales como el establecido en el artículo 193.3 al exigir que el *quórum* que fijen los estatutos para segunda convocatoria de la junta general de sociedades anónimas sea necesariamente inferior al que aquellos hayan establecido o exija la ley para la primera convocatoria. En el caso contemplado, la fijación de una mayoría reforzada para la adopción de determinados acuerdos de la junta (voto favorable de los accionistas que representen al menos el 60% del capital social) comporta una exigencia de *quórum* mínimo sin distinguir entre primera y segunda convocatoria y, por tanto, sin disminuirlo para facilitar la segunda reunión. La disposición estatutaria según la cual el consejo de administración estará formado por un número mínimo de cinco y un máximo de quince consejeros queda vulnerado por los mismos estatutos que exigen para la adopción de determinados acuerdos el voto de, al menos, ocho consejeros, pues esta última disposición es de imposible cumplimiento si el consejo lo integran menos de nueve consejeros y ello es incompatible con el principio mayoritario la exigencia estatutaria de unanimidad para adoptar acuerdos del consejo y además comporta una limitación de las competencias y facultades representativas del órgano de administración. La Ley de Sociedades de Capital permite reforzar o aumentar los *quórum*s y mayorías legalmente exigibles para la adopción de determinados acuerdos pero ese margen a la libertad tiene sus límites, tales como el establecido en el artículo 193.3 al exigir que el *quórum* que fijen los estatutos para segunda convocatoria de la junta general de sociedades anónimas sea necesariamente inferior al que aquellos hayan establecido o exija la ley para la primera convocatoria. En el caso contemplado, la

fijación de una mayoría reforzada para la adopción de determinados acuerdos de la Junta (voto favorable de los accionistas que representen al menos el 60% del capital social) comporta una exigencia de *quórum* mínimo sin distinguir entre primera y segunda convocatoria y, por tanto, sin disminuirlo para facilitar la segunda reunión.

Resolución de 18-10-2017
(*BOE* 11-11-2017)
Registro Mercantil de Toledo

LIQUIDACIÓN. ACUERDO EN ACTO DE CONCILIACIÓN.

Acordada en acto de conciliación ante el juez de Paz la disolución y liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada, el cese de administradores, la designación de liquidadores mancomunados, así como la inscripción en el Registro de la Propiedad de la adjudicación a los cuatro socios por cuartas partes iguales del bien inmueble que constituye el activo social, se produce el incumplimiento de lo pactado, por lo que la otra parte negocial acude a la ejecución por la vía de apremio. El Juzgado que conoce de la ejecución, acuerda tener por disuelta y liquidada la sociedad constando los elementos esenciales del negocio jurídico de disolución y liquidación. Consecuentemente, conforme al artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la parte actora debe proceder al otorgamiento de la oportuna escritura pública en cumplimiento del mencionado auto y comprender el conjunto de requisitos que permiten la inscripción tal y como resulta de la nota de la registradora mercantil. Es interesante la lectura de esta Resolución pues hace un extenso análisis de la conciliación.

Resolución de 24-10-2017
(*BOE* 24-11-2017)
Registro Mercantil de Barcelona, número XV

ACUERDOS SOCIALES. MAYORÍAS.

Para determinados asuntos, entre los que se encuentra la transformación de la sociedad, los estatutos sociales establecen un *quórum* de asistencia del 100% del capital social. Esa cláusula estatutaria no contradice ningún principio de la sociedad anónima, ni significa un veto que imponga el voto unánime de todos los socios, aunque acentúe el carácter personalista de la misma. No se exige la unanimidad para adoptar el acuerdo de transformación, sino tan solo la asistencia de todos los socios a la Junta general con la finalidad de conseguir la mayor participación e implicación de todos los socios en los debates sobre tal acuerdo.

Resolución de 24-10-2017
(*BOE* 24-11-2017)
Registro Mercantil de Barcelona, número XV

ACUERDOS SOCIALES. MAYORÍAS.

Para determinados asuntos, entre los que se encuentra la transformación de la sociedad, los estatutos sociales establecen un *quórum* de asistencia del

100% del capital social. Esa cláusula estatutaria no contradice ningún principio de la sociedad anónima, ni significa un veto que imponga el voto unánime de todos los socios, aunque acentúe el carácter personalista de la misma. No se exige la unanimidad para adoptar el acuerdo de transformación, sino tan solo la asistencia de todos los socios a la junta general con la finalidad de conseguir la mayor participación e implicación de todos los socios en los debates sobre tal acuerdo.

Resolución de 25-10-2017
(*BOE* 24-11-2017)
Registro Mercantil de Madrid XI

RECURSOS. EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN.

Practicada inscripción de nombramiento de consejero en la hoja de una sociedad de capital, se presenta en el Registro escrito de recurso extraordinario de revisión por el que determinados socios de la entidad, solicitan la nulidad de la inscripción y su cancelación registral. El procedimiento registral, por razón de la materia está específicamente regulado en la Ley Hipotecaria y en el Código de Comercio, por lo que el régimen de recursos procedentes contra una nota de calificación registral será, exclusivamente, el regulado en la Ley Hipotecaria y no el previsto con carácter general para el sector público en la Ley 39/2015. Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, por lo que solo dichos tribunales pueden declarar la nulidad de un asiento.

Resolución de 25-10-2017
(*BOE* 24-11-2017)
Registro Mercantil de Coruña, número II

LEI.

La función de atribución de un LEI no debe confundirse con la de calificación que atribuye al registrador mercantil el artículo 18 del Código de Comercio, sino más bien como «otras funciones del Registro Mercantil». De ahí se derivan consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento y la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral. La asignación del código LEI por parte del registrador mercantil, no conlleva propiamente una función de calificación, sino que es una función distinta que ha de ejercerse atendiendo a su normativa específica. Por ello no son aplicables los efectos de cierre provocados por la nota marginal de baja provisional en el Índice de Entidades de la AEAT ni por falta de depósito de cuentas. Por el contrario, el registrador, en su función de asignación del LEI, no solo puede sino que debe comprobar la concordancia de los datos jurídicos identificadores de la entidad según resultan de la solicitud, con los que figuran inscritos en el Registro, a fin de evitar la confusión de que quede registrado junto al LEI un domicilio distinto del Registral. Por ello debe denegarse la concesión del LEI si la sociedad no está previamente inscrita o si existe discordancia entre el domicilio que figura en la solicitud con el que figura en el Registro.

Resolución de 26-10-2017
(*BOE* 27-11-2017)
Registro Mercantil de Valencia, número V

AUDITORES. SOCIEDAD DEL SECTOR PÚBLICO INSTRUMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

Las sociedades mercantiles, en cuanto a sus obligaciones de formulación de cuentas anuales, auditoría y depósito en el Registro Mercantil, están sujetas a la legislación mercantil, sin que haya distinción por el hecho de que sus socios o accionistas sean públicos o privados. En sociedades con obligación legal de someter sus cuentas anuales a auditoría, finalizado el ejercicio social de la sociedad, corresponde el nombramiento de auditor al Registro Mercantil. El hecho de que la sociedad forme parte del sector público instrumental de la Administración Autonómica no condiciona la aplicación de las normas de la Ley de Sociedades de Capital que no contienen especialidad al respecto. Ni tampoco el hecho de que sea unipersonal pues, de ser así, ello se predicaría de cualquier sociedad de capital unipersonal, integrante del sector público o no.

Resolución de 27-10-2017
(*BOE* 27-11-2017)
Registro Mercantil de Toledo

APORTACIÓN NO DINERARIA. DESCRIPCIÓN.

La identificación de las aportaciones no dinerarias debe realizarse por cada uno de los bienes aportados y no por el conjunto de ellos, salvo que se trate de bienes de la misma clase o género que se aporten como un todo formando un grupo o conjunto o de aportación de empresa o establecimiento mercantil o industrial que es contemplada como una unidad. Tratándose de bienes registrables, será suficiente expresar sus datos registrales; respecto del resto de bienes no fungibles será bastante una descripción somera pero suficiente; y, tratándose de bienes no fungibles, que no sean de perfecta identificación, cabe su descripción genérica. En el presente caso el inventario incorporado a la escritura contiene una descripción de los bienes que son objeto de aportación, algunos por unidades y otros por lotes, con expresión de su valor individual y por cada lote, así como de las participaciones que se asignan por cada bien o lote aportado, lo cual se considera correcto. Se incluyen determinados bienes (Compresor, Pistola neumática, generador de aire caliente, ordenador, pantalla, adaptador, etc) se describen somera pero suficientemente, con indicación de su modelo, sin que sea necesario especificar datos de inscripción dado que según manifestación del socio fundador no están inscritos.

Resolución de 3-11-2017
(*BOE* 29-11-2017)
Registro de Bienes Muebles de Santa Cruz de Tenerife, número 1

ADJUDICACIÓN DE VEHÍCULO EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA. REBELDÍA.

Se trata de la inscripción de un testimonio de sentencia, declarando el pleno dominio de un vehículo a favor de la actora y acordando la inscripción en

el Registro a su nombre y la cancelación de las inscripciones contradictorias cuando la única inscripción que existe es el dominio a favor del financiador no demandado conteniendo la referencia de que los demandados financian la adquisición mediante un contrato de financiación a comprador con reserva de dominio a favor de aquél. La inscripción de la reserva de dominio a favor de un titular determinado implica que solo a él se le reconoce legitimación activa o dispositiva sobre el bien inscrito. Cuestión distinta se habría producido si la sentencia limitase sus efectos a los derechos inscritos a favor de los demandados o si la presentante o interesada hubiese solicitado expresamente la inscripción parcial limitada a los derechos inscritos a su favor en el procedimiento declarativo. Por otra parte, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. En este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil señala tres plazos de caducidad para el ejercicio de la acción de rescisión de las sentencias dictadas en rebeldía, a contar desde la notificación de la sentencia: un primero de veinte días, para el caso de que dicha sentencia se hubiera notificado personalmente; un segundo plazo de cuatro meses, para el caso de que la notificación no hubiera sido personal, y un tercer plazo extraordinario máximo de dieciséis meses para el supuesto de que el demandado no hubiera podido ejercitar la acción de rescisión de la sentencia por continuar subsistiendo la causa de fuerza mayor que hubiera impedido al rebelde la comparecencia.

Resoluciones publicadas en el DOGC

por María TENZA LLORENTE

Resolución 2348/2017 de 22-9-2017
(*DOGC* 16-10-2017)
Registro de la Propiedad de Girona, número 1

URBANISMO: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN DE OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD.

En materia de procedimiento, más concretamente por lo que respecta a la competencia, la Dirección General efectúa una interpretación finalista de la Ley 5/2009, de 28 de abril. De este modo, considera que aunque se invoquen normas de Derecho hipotecario y el Texto Refundido 7/2015, comoquiera la cuestión debatida de fondo se rige exclusivamente por normas de Derecho urbanístico catalán, el artículo 1 de la Ley conlleva que resuelva esta, como interpretó la registradora al elevar el expediente. En este sentido, el hecho de que el artículo 28.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015 implique una remisión a la normativa autonómica, pese a ser una norma estatal, avala esta conclusión (por todas, resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 18 de enero de 2017). Así, en la resolución *JUS* 1719/2017, de 12 de julio la Dirección General de Dret se pronunció sobre materia de tutela de los consumidores regida por Derecho catalán. Por lo tanto, su competencia no solo se restringe a materias de Derecho civil sino a otros

ámbitos del Ordenamiento jurídico catalán. En cuestiones relativas en cambio a la innecesaridad de visado colegial, en cambio, para un certificado técnico supletorio de cédula, la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 26 de abril de 2012 se consideró competente (Fundamentos de Derecho dos a cinco). Por lo que respecta a los medios de acreditación de la antigüedad de la obra nueva por antigüedad, el Centro Directivo, siempre que la obra conste debidamente identificada, entiende que son indiferentes o incluso admite una combinación de mecanismos acreditativos (resolución de 16 de diciembre de 2015, Fundamento de Derecho quinto *in fine;* 1 de marzo de 2016 o de 22 de marzo de 2017, Fundamento de Derecho quinto). Diferencia este supuesto del resuelto por la resolución de 27 de abril de 2007— similar al que dio lugar a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de abril de 2014— ya que en aquel caso no quedaba acreditada con exactitud la fecha de la ampliación de la obra nueva. La licencia de primera ocupación o el sistema de comunicación establecido de conformidad con el artículo 187.bis letra b) del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo (arts. 71 y siguientes del Decreto 64/2014, de 13 de mayo, necesarias para obras nuevas con declaradas con licencia según los Fundamentos de Derecho doce de la resolución de fecha 19 de mayo de 2012 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como la de 4 de marzo de 2014) no se estima exigible en este caso ya que siendo su finalidad comprobar la adecuación de una obra a una licencia, carece de objeto en el caso de las obras declaradas por antigüedad, en que dicha licencia no existe (así, también, Fundamento de Derecho tercero de la resolución del Centro Directivo de fecha 22 de julio de 2015). En cuanto a la cédula, la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña, en Resolución de fecha 31 de marzo de 2009 realiza un excursus sobre la finalidad y evolución normativa sobre la materia (Fundamento de Derecho primero), reiterada en otras posteriores como la de 25 de octubre de 2013, en el sentido de que la su entrega constituye uno de los mecanismos de tutela para los sucesivos adquirentes de la finca donde se ha declarado la obra nueva. De este modo, los preceptos contenidos en la Ley 18/2007, de 28 de diciembre (arts. 26, 64, 132 y 135) y el Decreto 141/2012, de 30 de octubre, no incluyen entre sus supuestos de hecho la declaración de obra nueva terminada, sino única y exclusivamente su transmisión. En cuanto al certificado de eficiencia energética, la resolución de 19 de abril de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, al igual que en esta resolución, parte de la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, que se transpusieron en el Real Decreto 47/2007, de 19 de enero, para edificios de nueva construcción y del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, que implica la extensión de este documento a edificios ya existentes. Este último dispone que este Procedimiento básico será de aplicación a: a) Edificios de nueva construcción. b) Edificios o partes de edificios existentes que se vendan o alquilen a un nuevo arrendatario, siempre que no dispongan de un certificado en vigor». Ahora bien, en el caso de obras nuevas antiguas 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, el certificado de eficiencia energética no es exigible (Fundamento de Derecho quinto). Por otra parte, en relación al Libro del Edificio, la resolución comentada sienta una doctrina similar a la emanada de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 y 29 de junio de 2017. En ellas se considera que el Libro del Edificio es exigible a toda obra sujeta a la Ley 38/1999, General de

la Edificación, siempre que no haya sido declarada por antigüedad al amparo del artículo 28.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015. Por tanto no es causa de exención el hecho de que la norma que exige su aportación no estuviera vigente en el momento de ser terminada la obra, que en el caso presente sí lo estaba sino que, según aclara en el Fundamento de Derecho segundo de la primera de ellas e invocando la resolución de 8 de septiembre de 2016, comoquiera que con el Libro del Edificio no se pretende tutelar el interés del promotor, sino el de los ulteriores usuarios de la edificación, carece de justificación imponer la exigencia de control debatida cuando no se da el supuesto de la entrega de la edificación por el promotor a los usuarios finales de la misma. En el Fundamento de Derecho cuarto, teniendo en cuenta el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, concluye que en supuestos de declaración por antigüedad, no es requisito necesario su aportación. El cambio de numeración y de nomenclátor de las calles, el artículo 437 del Reglamento Hipotecario se complementa con el artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, de modo que siempre que exista coincidencia entre la finca y la certificación, de modo que es admisible incluso el cambio en la descripción de aquella (resolución de fecha 22 de noviembre de 2016 o 27 de abril de 2017). En resumen, para la inscripción de una obra nueva por antigüedad se pueden emplear indistintamente cualesquiera de los medios establecidos por el artículo 28.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015 y no es precisa la aportación de la licencia de primera ocupación, del libro del edifico, de la cédula de habitabilidad ni certificado de eficiencia energética.

Resolución 2443/2017 de 11-10-2017
(*DOGC* 16-10-2017)
Registro de la Propiedad de Terrasa, número 2

VIVIENDA FAMILIAR: HIPOTECA.

Manifestación en caso de personas solteras. Según los preceptos de Derecho civil catalán, para efectuar actos dispositivos y de gravamen sobre la vivienda familiar, es preciso, de conformidad con el artículo 231-9.1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia que con independencia del régimen económico matrimonial aplicable, el cónyuge titular, sin el consentimiento del otro, no puede hacer acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario que comprometa su uso, aunque se refiera a cuotas indivisas. Esta disposición es aplicable por la remisión contenida en el artículo 234-3.2, a las uniones estables de pareja. Otra disposición concordante con el precepto citado es el artículo 569.3-1 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales, cuyo párrafo segundo obliga a efectuar la manifestación de ser o no la vivienda habitual, del mismo modo que el artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario, el cual, según resolución de 22 de mayo de 2006 de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña (punto 1.6), a pesar de que textualmente solo alude a los cónyuges, debe entenderse que su finalidad es permitir reflejar registralmente las prevenciones que el Derecho sustantivo fija en orden a la protección del derecho al uso de la vivienda tanto del cónyuge como, en el Derecho catalán, de quien convive en unión estable de pareja, conclusión a la que se llega —continúa razonando esta Dirección General— no por aplicación

analógica de esta norma reglamentaria a las parejas de hecho, sino porque en Cataluña hay una norma específica que lo prevé. Así, como puso de manifiesto el Auto Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 2 de junio de 2004 la ratio de todos estos preceptos es la protección de la vivienda que es sede de una familia, matrimonial o no. Además, la resolución de 23 de noviembre de 2005, de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña reitera la equiparación entre los matrimonios y las parejas de hecho en esta materia. En cualquier caso, el matiz es que para que el Ordenamiento dispense esta tutela han de cumplirse todos los requisitos legales, como reconoce la jurisprudencia menor (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 363/2012 de 18 junio, Fundamento de Derecho tercero). Así se pronunció también el Centro Directivo en resolución de fecha 13 de mayo de 2013, para un caso de Derecho Civil Común, sobre la base de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona de fecha 19 de abril de 2006, que anuló la resolución de 18 de junio de 2004. Esta resolución consideró innecesaria la manifestación, en caso de venta de vivienda efectuada por una titular viuda que residía en Madrid y enajenaba una finca sita en Barcelona, sobre la base de que si del Registro no resultare ese carácter de vivienda común no podrá rechazarse la inscripción de la transmisión en favor del adquirente bajo el argumento de la omisión de una manifestación específica del disponente al respecto cuando la Ley 10/1998 de 15 de julio, no la exigía y además no cabía una aplicación analógica del artículo 1320 del Código Civil y 91.1 del Reglamento Hipotecario. En la resolución de 6 de marzo de 2004 la Dirección General afirma que si el transmitente declara ser de estado soltero —al igual que si la manifestación es de viudedad, divorcio o separación legal—el adquirente no puede exigir de aquel manifestación alguna a los efectos del citado artículo 1320 del Código Civil.

Asimismo, declara el Centro Directivo en resolución de fecha 30 de noviembre de 2023 (Fundamento de Derecho cuarto, para un caso en que el titular registral de finca sita en Aragón era de vecindad civil catalana) que en Cataluña la manifestación de vivienda habitual afirma que la previsión legal vigente en Cataluña ha reforzado las garantías de los miembros de la unidad familiar en esta materia, de forma que la exigencia de manifestación sobre el carácter no familiar de la vivienda transmitida se extiende incluso al caso de que el titular sea de estado civil divorciado y con una situación convivencial de pareja estable con otra persona, como se ha señalado, situación convivencial que solo transciende en la escritura en caso de que así lo solicite el interesado, según se desprende del párrafo segundo del artículo 159 del Reglamento Notarial, conforme al cual «también podrá hacerse constar a instancia de los interesados su situación de unión o separación de hecho». De este artículo se deduce que ninguna presunción contraria a su existencia puede alegarse en caso de omisión expresa a la misma en el título. En defecto de este consentimiento, es precisa la autorización judicial, tramitada de conformidad con el artículo 90 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de jurisdicción voluntaria. En cambio, no considera que sea un negocio jurídico complejo, a diferencia de lo sostenido por la Dirección General de Registro y Notariado en resolución de 22 de mayo de 2006 (que no considera aplicable tampoco el Centro Directivo a matrimonios extranjeros, según resoluciones de 15 de julio de 2011 y 3 de febrero de 2014 si no se acredita el régimen matrimonial). En efecto, en el fundamento jurídico segundo declara que no es aplicable el artículo 1320 del Código Civil al supuesto en el que ingresa ya gravado el bien inmueble en el patrimonio del cónyuge, cualquiera que vaya a ser su destino final, una interpretación finalista del precepto legal nos debe llevar a la misma conclusión

cuando el acto de gravamen se realiza en la escritura inmediata posterior a la compra y tiene por finalidad la financiación de la propia vivienda hipotecada. En resumen, basta la manifestación del hipotecante como soltero, sin que quepa exigir que no convive en unión estable de pareja a efectos de entender cumplida la normativa de tutela de la vivienda familiar.

Resoluciones:

- 2463/2017 de 7 de octubre de 2017 (*DOGC* 26 de octubre de 2017)
- 2465/2017 de 11 de octubre de 2017 (*DOGC* 17 de octubre de 2017)
- 2646/2017 de 13 de octubre de 2017 (*DOGC* 26 de octubre de 2017)
- 2476/2017 de 13 de octubre de 2017 (*DOGC* 30 de octubre de 2017)
- 2477/2017 de 13 de octubre de 2017 (*DOGC* 30 de octubre de 2017)
- 2507/2017 de 13 de octubre de 2017 (*DOGC* 30 de octubre de 2017)

2508/2017 de 13 de octubre de 2017
(*DOGC* 30 de octubre de 2017)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 20

HIPOTECAS: CÓDIGO DE CONSUMO. ADAPTACIÓN EN CASO DE SUBROGACIÓN.

Por lo que respecta a cuestiones procedimentales, la atribución de competencia a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas para el caso de aplicación del Código de Consumo se mantiene en la línea apuntada por la resolución *JUS* 2017, 1719, de 12 de julio la Dirección General de Dret, a diferencia de la postura sostenida por el Centro Directivo, como se comentó en esta resolución (así, resoluciones de la Dirección General de Registros de fechas 25 de septiembre o 9 de octubre de 2015, 9 de marzo de 2016 y 14 de julio de 2017, fundamento de Derecho tercero y cuarto). Pero además en el presente supuesto, a diferencia del que motivó la resolución de 12 de julio en que solo era objeto de discusión el Código de Consumo, la Dirección General de Dret resuelve sobre la aplicación de un precepto de la Ley Hipotecaria, el artículo 21.3. En la resolución 2348/2017, de 22 de septiembre, se entendió por la Dirección que la mera invocación de preceptos de la Ley Hipotecaria no era óbice para entrar a resolver el recurso, pero a diferencia de aquel caso, dictado en materia de urbanismo, en este supuesto la legislación hipotecaria no puede considerarse como adjetiva y de remisión a normativa sustantiva autonómica. En materia de intereses de demora, para las limitaciones establecidas por el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, entiende la Dirección General en la resolución de fecha 25 de abril de 2014, en el Fundamento de Derecho tercero que la necesidad de fijación de un tipo máximo de intereses de demora a la cobertura hipotecaria del mismo, debe conciliarse con la limitación legal establecida, de forma que el máximo pactado

(que como se ha visto anteriormente opera a todos los efectos legales, favorables o adversos, y tanto en las relaciones entre el acreedor hipotecario y el deudor hipotecante como en las que se producen con terceros), solo será aplicable si en el momento de su devengo es igual o inferior al límite legal, salvedad esta que habrá de hacerse constar en la cláusula correspondiente (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 21 de enero de 2015). En el mismo sentido se pronuncia el Centro Directivo en resoluciones de fechas 14 y 21 de enero, 2 y 3 de febrero de 2015 (Fundamento de Derecho tercero) o 30 de marzo de 2017, con el fin de salvaguardar los intereses y derechos de consumidores y usuarios, *ex* artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Asimismo, la resolución de 25 de septiembre de 2015, Fundamentos de Derecho sexto y séptimo, confirma la aplicabilidad de tales límites, en el marco de la protección emanada de la normativa autonómica para la tutela de los consumidores. En el mismo sentido, incluso para casos de novaciones de hipoteca que afectaban a las cláusulas de intereses, la Dirección General reitera su postura en dos resoluciones de fecha 9 de octubre de 2015, 10 de noviembre de 2015 (la primera de las dos de la misma fecha) y 17 de noviembre de 2015 (fundamento de Derecho sexto). Por su parte, la resolución de 9 de marzo de 2016 considera aplicable cumulativamente las disposiciones del Código de Consumo y la existente en la Ley 1/2013 si se trata de vivienda habitual. Así, señala el Fundamento de Derecho séptimo *in fine* que adicionalmente, en el caso de que la finalidad del préstamo fuera la adquisición de la vivienda habitual del prestatario persona física —lo que no ocurre en el presente supuesto—, como señalan las resoluciones de 29 de mayo de 2014 y 14 de enero de 2015, dicha responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios deberá también ser objeto de una segunda limitación, ya que el límite legal de los intereses moratorios opera tanto a efectos obligacionales como reales. Por ello, de concurrir el indicado supuesto, se deberá incluir expresamente en la estipulación de la responsabilidad hipotecaria la referencia a que el tipo máximo pactado a efectos de los intereses moratorios no será aplicable «en caso de exceder de tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento del devengo», o si se quiere, que solo se aplicará como un nuevo límite para el supuesto de que el triple del interés legal del dinero fuera superior, y nunca como un límite general a efectos hipotecarios. Tal segundo límite viene impuesto por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria que es una norma de jerarquía superior al Código de Consumo de Cataluña, el cual no puede impedir su operatividad en caso de concurrir el supuesto que provoca su aplicación. Así, sobre la aplicabilidad de este límite, resolución de 14 de julio de 2017 (Fundamento de Derecho noveno y décimo). El hecho de que la Dirección General de Dret difiera el cumplimiento de este máximo a la fase ejecutiva no observa el matiz que el artículo 251.6-4 reviste frente al artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria: el primero se refiere al momento de la firma del documento contractual. Además, del artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria se deriva un mandato claro dirigido al registrador de la propiedad en el ejercicio de su actividad profesional, concreción del deber genérico que contemplan los artículos 9, 17 y 84 del Real Decreto Legislativo 1/2007 y 311-1 del Código de Consumo, deber que es especialmente relevante en materia de hipotecas, donde la inscripción es constitutiva (arts. 130 y 145 de la Ley Hipotecaria; resoluciones de 19 y 21 de marzo de 2013, fundamento de Derecho tercero o 30 de marzo de 2015, Fundamento de Derecho segundo sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio 1989 (Fundamento de Derecho séptimo) o 1108/2007 de 18 octubre (Fundamento de Derecho tercero). Este control registral articulado por medio de la calificación es

continuamente destacado por el Centro Directivo en múltiples resoluciones (como el fundamento de derecho tercero de la resolución de 24 de noviembre de 2016, siguiendo otras anteriores como las de 13 de septiembre de 2013 y 5 de febrero de 2014). Teniendo en cuenta que el efecto civil de la vulneración de los límites impuestos por la Ley a los intereses de demora sería la nulidad de pleno derecho (Fundamento de Derecho noveno de la resolución de 14 de julio de 2017; artículos 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 114.3º de la Ley Hipotecaria) la labor registral desarrollada en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva es especialmente relevante, por lo que demorar a la fase ejecutiva el control de los intereses de demora presenta notables inconvenientes y el aumento de la litigiosidad. Es cierto que el Centro Directivo no había exigido la adaptación de todas las cláusulas cuando se novan ciertos pactos de la misma (así, resoluciones de fecha 29 de octubre de 2013, 2 de abril de 2014 y 9 de octubre de 2015). En el Fundamento de Derecho octavo de esta última señala el Centro Directivo que en la medida que las modificaciones llevadas a cabo en una escritura de novación de préstamo hipotecario no afecten a los intereses moratorios y/o a los intereses ordinarios con implicación de una limitación a la baja de la variabilidad de los mismos, como ocurriría si solo se modificara el plazo, el sistema de amortización o alguna causa de vencimiento anticipado, no será necesario el ajuste de las cláusulas relativas a ambos tipos de interés a la norma contenida en el artículo 251-6, número 4, del Código de Consumo de Cataluña, en la medida que el mismo sea aplicable. No obstante, en el caso que ahora es objeto de comentario, se producía un cambio de deudor, cuestión esta no planteada en el caso de esa resolución. La existencia de un nuevo deudor (arts. 1156, 1203.2 y 1204 del Código Civil) implica la liberación del deudor originario cuando existe consentimiento del acreedor (Fundamento de Derecho quinto de la Sentencia de 5 de noviembre de 2015 y 2.1 de la sentencia de 6 de marzo de 2012). Esta condición de consumidor del nuevo deudor que se subroga, sin entrar a debatir si es extintiva o modificativa, conlleva la aplicación de una normativa diferente y dotada de imperatividad (art. 112-3 del Código de Consumo), por lo que la respuesta jurídica en este caso habría de matizarse en relación a los supuestos de novación objetiva resueltos por la Dirección General de los Registros y del Notariado y que no podía calificarse en el momento de la constitución sobre la hipótesis de una futura enajenación a consumidores. Tampoco se plantea si existirían diferencias en cuanto a la respuesta jurídica que haya de darse a los casos en que no consiente el acreedor en la subrogación (art. 118 de la Ley Hipotecaria). En cuanto al ámbito temporal de aplicación, por tanto, se diferencia del tope establecido por sentencia de 3 de junio de 2016, pues el Centro Directivo considera que se aplica a todos los préstamos hipotecarios vigentes independientemente del momento de su firma y de si efectivamente se ha hecho uso de esa cláusula, incluso si la hipoteca se ha inscrito en el Registro de la Propiedad pues no se trata de que las sentencias del Tribunal Supremo tengan o no eficacia retroactiva en sentido propio, sino que lo que hacen es interpretar normas vigentes cuyo sentido fijan, de tal manera que ese pasa a ser el significado que les corresponde desde que se promulgaron (resolución de 13 de julio de 2017, Fundamento de Derecho tercero). En este caso no se plantea esta cuestión. En lo que respecta al segundo defecto recurrido, la manifestación de ser o no la finca hipotecada vivienda habitual es de extraordinaria importancia dado el régimen tuitivo que introduce la normativa en esos casos (así, artículos 114 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la limitación de intereses, que también ha sido

objeto de modificación por la Ley; artículos 579.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por lo que se refiere a la adjudicación de la vivienda hipotecada en caso de ejecución hipotecaria; el artículo 671 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, en cuanto a la adjudicación del bien hipotecado al acreedor en el supuesto de subasta sin ningún postor, elevando el importe de los valores de tasación respecto a los demás bienes que no revistan esta naturaleza; o el artículo 693.3 de la norma procesal, relativo a la liberación del bien en caso de deudas de vencimiento periódico, resolución de fecha 26 de noviembre de 2013). Así resulta de la resolución de fecha 19 de diciembre de 2013, cuyos Fundamentos de Derecho quinto a octavo detalla y justifica la exigibilidad de este requisito en las hipotecas constituidas por personas físicas, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de las obligaciones garantizadas por medio de ella, dentro del ámbito de las medias de tutela sobre la vivienda habitual que establece la Ley 1/2013, quedando así protegida dicha manifestación por el principio de legitimación registral (art. 38 de la Ley Hipotecaria). Se entiende que esta manifestación no puede considerarse englobada, por ejemplo, en la declaración de no ser vivienda habitual/familiar prescrita por los artículos 231-9.1 y 234.3. 2 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en conexión con el artículo 569.31 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, por el que se aprueba el Libro V de derechos reales de Cataluña, por cuanto que puede que no reúna este último requisito y sí el primero. Pues bien, en este caso, la Dirección General de Dret entiende que es innecesario por ser la finca vivienda de protección oficial. En este sentido, el destino objetivo de la finca prima, si bien la trascendencia de la misma es de carácter meramente administrativo y hace innecesaria la declaración expresa de las partes de efectos jurídico-civiles, registrales e incluso procesales. En resumen, para el caso de subrogaciones hipotecarias, no es necesario realizar una adaptación de sus cláusulas no modificadas al Código de Consumo. Por otro lado, el hecho de ser la finca hipotecada una vivienda de protección oficial conllevaría su habitualidad a los efectos del artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

El curador del mayor: Un apoyo a la persona con modificación parcial de la capacidad*

Curator: A support for the person with partial modification of the capacity

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La *curatela* es una medida flexible de apoyo a la persona parcialmente incapacitada para la realización de aquellos actos que se determinen en la propia sentencia de incapacitación. Las personas sometidas a curatela tienen *limitada* su capacidad. El juez es quien en cada caso concreto determina el apoyo del curador que el discapacitado parcialmente incapacitado necesite. Tras la valoración de las pruebas el juez acredita la enfermedad y la situación actual de *anormalidad* en la vida diaria y de riesgo real de los incapacitados. Es una institución jurídica *favorable a su interés*.

ABSTRACT: The guardianship is a flexible measure of support of the person partially incapacitated for the accomplishment of those acts that are determined in the own sentence of incapacitation. Persons under guardianship are limited in ability. The judge is who in each specific case determines the support of the guardianship that the partially disabled needs. After the evaluation of the evidence the judge ac-

* 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.

credits the disease and the current situation of abnormality in daily life and real risk of the disabled. It is a legal institution favorable to their interest.

PALABRAS CLAVE: Incapacitación. Discapacitado. Curatela. Convención ONU. Modelo apoyo.

KEY WORDS: Disability. Disabled person. Guardianship. UN Convention. Support model.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. LA CURATELA DEL MAYOR DE EDAD CON CAPACIDAD PARCIALMENTE MODIFICADA POR RESOLUCIÓN JUDICIAL.—III. EL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD Y EL CONTENIDO DE LA MEDIDA DE PROTECCIÓN CONCRETA. —IV. TUTELA O CURATELA.—V. LA CURATELA Y LA PERSONA CON CAPACIDAD MODIFICADA PARCIALMENTE TITULAR DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES.—VI. DESIGNACIÓN DE CURADOR Y ALTERACIÓN DEL ORDEN LEGAL.—VII. REVISIÓN DE LA CURATELA. RENDICIÓN DE CUENTAS.—VIII. LA CURATELA EN CATALUÑA.—IX. CONCLUSIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.—XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—XII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La curatela es una de las formas de guarda legal previstas en nuestro ordenamiento jurídico. La Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma del Código Civil en materia de tutela señaló en su artículo 215 que la «*guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante… curatela*».

Mientras que la *tutela* tiene como finalidad la representación del incapaz, la *curatela* es una institución jurídica creada, como vamos a ver seguidamente, para el amparo de la persona y los bienes del mayor de edad incapacitado con una finalidad de asistencia para aquellos actos que se determinen en la ley o en la propia sentencia de incapacitación (arts. 289 y 290 del Código Civil y art. 760 LEC).

Tiene objeto patrimonial y aunque es de carácter estable, la actuación del curador es intermitente.

Las personas que pueden estar sujetas a curatela son (art. 286 del Código Civil):

- Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley.
- Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad.
- Los declarados pródigos o cuando la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.

En estos casos la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no puedan realizar por sí solos (art. 288 del Código Civil). Igualmente procede la curatela para las personas a

quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique, coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento (art. 287 del Código Civil).

En estos casos las personas sometidas a curatela pueden actuar por sí mismas, pero su *capacidad se encuentra limitada* exigiéndose la asistencia del curador. El Código Civil establece que el curador intervendrá en los actos que los menores (emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos) o los que hayan obtenido el beneficio de la mayor edad, o los pródigos no puedan realizar por sí solos, o en el caso de incapacitados en aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido y si la sentencia nada hubiera especificado, será necesaria la intervención del curador para los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial, pues los actos realizados por la persona sujeta a curatela sin la intervención del curador están sometidos a las reglas de la *anulabilidad* (arts. 293 y 1301 del Código Civil). En resumen, el curador viene a suplir una capacidad insuficiente. El consentimiento emitido por el sometido a curatela no es suficiente para la validez del acto sino que debe complementarse con el consentimiento emitido por el curador.

Respecto a las normas de nombramiento, excusa y remoción, la ley se remite a las reglas de la tutela y si el sometido a curatela hubiese estado antes bajo tutela, será curador quien hubiera sido tutor, salvo que el juez disponga otra cosa (art. 291 del Código Civil).

Hay que tener en cuenta también que la reforma de la Jurisdicción Voluntaria en vigor desde el 23 de julio de 2015 recoge entre los expedientes en materia de personas el de la curatela indicando que será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la persona con capacidad modificada judicialmente. No será preceptiva la intervención de abogado ni procurador, salvo en lo relativo a la remoción del tutor o curador en el que será necesaria la intervención de abogado. Estos expedientes de jurisdicción voluntaria se aplican para la constitución de la curatela, siempre que no se solicite dicha constitución en un proceso judicial para modificar la capacidad de una persona. Se indicarán los parientes más próximos, en su caso en el testamento de los padres o el documento público notarial otorgado por el propio afectado en los que se disponga sobre la tutela o la curatela. Se oirá al promotor, en su caso al designado, al afectado, a los parientes más próximos y al Ministerio Fiscal y el juez designará tutor o curador. El juez podrá exigirle la constitución de fianza. El designado también deberá presentar inventario de bienes y puede solicitar una retribución si el patrimonio lo permite (arts. 43 a 51 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

En los últimos años, son varias las sentencias en las que nuestro Alto Tribunal ha tenido que aclarar diversos aspectos de la institución, especialmente el supuesto de hecho contenido en los artículos 286, 3º y 287 del Código Civil referido a la curatela del mayor de edad con capacidad parcialmente modificada por resolución judicial, que es el que vamos a estudiar, como forma de protección en atención a su grado de discernimiento[1].

II. LA CURATELA DEL MAYOR DE EDAD CON CAPACIDAD PARCIALMENTE MODIFICADA POR RESOLUCIÓN JUDICIAL

Con la edad y el deterioro de la persona surgen enfermedades como, por ejemplo, la conocida enfermedad de Alzheimer que provoca un deterioro cognitivo y alteraciones de conducta. O puede ocurrir también que se declare la incapacitación

parcial del sujeto porque padece un trastorno límite de la personalidad, con rasgos impulsivos y antisociales[2], y precise de tratamiento psiquiátrico continuado[3].

En el caso del Alzheimer, si está en una primera fase, puede dar lugar simplemente a una modificación parcial de la capacidad por originar un deterioro cognitivo leve (que provoca pérdidas de memoria, dificultades para expresarse e incluso algún extravío puntual) y las alteraciones de conducta (fundamentalmente de desconfianza hacia su entorno) que no impiden al sujeto mantener su independencia vital[4].

En ambos casos se produce una discapacidad intelectual que limita al sujeto para su autogobierno tanto en el ámbito personal como en el patrimonial y para complementar su capacidad necesita de la asistencia de un curador y no de un tutor. El juzgador entiende que *es suficiente la imposición de un curador* como un apoyo ya que, *sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten*. No obstante como ya hemos indicado es el juzgador en cada supuesto el que elaborará lo que la doctrina jurisprudencial que vamos a analizar ha denominado «traje a medida», estudiando para cada caso concreto la posibilidad de actuación del sujeto en la esfera personal y patrimonial y el «apoyo» del curador que necesita[5]. Igualmente establecerá motivadamente la decisión a la que llegue[6].

En el caso del Alzheimer cuando está en una primera fase[7], el sujeto afectado por la enfermedad puede tener una «alta reserva cognitiva», *lo que no es compatible con su sometimiento a tutela.* En la *esfera personal* necesita la intervención del curador para tomar decisiones que excedan de las actividades básicas de la vida ordinaria y para todo lo relacionado con su salud, manejo de medicamentos, pautas alimenticias y consentimiento de tratamientos médicos. En la *esfera patrimonial y de economía*, puede gestionar y administrar el cincuenta por ciento de su pensión, conserva la iniciativa pero necesita la asistencia de un curador para los actos patrimoniales recogidos en los artículos 271 y 272 del Código Civil con las especificaciones que se establecen.

Otros ejemplos de incapacitación parcial pueden referirse a aquellos supuestos en los que el sujeto tenga una inteligencia denominada «borderline»[8] por lo que no tiene totalmente anulada su capacidad (aunque tenga problemas de visión también)[9].

III. EL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD Y EL CONTENIDO DE LA MEDIDA DE PROTECCIÓN CONCRETA

El legislador persigue que en los procesos de modificación de la capacidad se alcance la finalidad constitucional de proporcionar la protección más adecuada a la situación *precisa* de la persona *concreta* que lo requiera en ese momento. De ahí que sea misión del juzgador buscar *el apoyo necesario que en cada caso precise la persona con discapacidad con el fin de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*, de acuerdo con los criterios de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Para el otorgamiento de la medida de protección de la curatela es imprescindible desde el punto de vista procesal cumplir con exhaustividad el *principio de inmediación* de la práctica y la valoración de las pruebas y audiencias preceptivas (art. 759 LEC), pues ello permite no solo acreditar la enfermedad sino también la

situación actual de *anormalidad* en la vida diaria y de riesgo real de los sujetos en cada caso concreto.

En la valoración de la prueba practicada en los procesos de modificación judicial de la capacidad, el *juez goza de una gran discrecionalidad que debe justificar en la motivación de la sentencia*[10]. Pues la modificación parcial de la capacidad, por ejemplo en el caso de enfermedades con deterioro del proceso cognitivo concluye que la situación actual en el momento del juicio no es la que tenía el sujeto en el pasado donde sí desarrollaba una vida normal, independiente y autosuficiente.

IV. TUTELA O CURATELA

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un *modelo de apoyos* para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3)[11].

La extensión de la medida de protección, los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de protección *que se constituya (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias*. El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en nuestro Derecho por la tutela y la curatela, que deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. La *tutela* es la forma de apoyo *más intensa,* necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en sus asuntos, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. El artículo 267 del Código Civil afirma que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las *circunstancias personales* puede ser suficiente un apoyo *menos intenso* que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. Esta función la cumple en nuestro ordenamiento la *curatela*, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 del Código Civil). Además *es una institución flexible caracterizada por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial*[12] *o por la extensión en los actos en los que se preste*.

Así lo establece expresamente el artículo 150 del Código del Derecho foral de Aragón[13] y desde hace tiempo lo habían venido admitiendo la doctrina y la jurisprudencia en el ámbito del Código Civil. En este sentido cabe citar la sentencia 995/1991, de 31 diciembre (que exigió la intervención de curador para otorgar autorizaciones de adopción y similares de cualquiera de sus hijos habidos o los que pudiera tener en el futuro la mujer cuya capacidad de obrar se limitaba). De forma más reciente, interpretando el sistema vigente conforme a los principios de la Convención de Nueva York, son abundantes las decisiones de la Sala Primera que atribuyen al *curador una función de control, supervisión y apoyo en lo personal* (SSTS de 24 de junio[14], de 30 de junio[15], de 14 de octubre de 2015[16], de 20 de octubre de 2015[17] de 17 de diciembre de 2015[18], de 3 de junio de 2016[19], 216/2017, de 4 de abril de 2017).

La intervención del curador en el *ámbito patrimonial*, no se circunscribe necesariamente a los actos a que se refiere el artículo 290 del Código Civil sino

que *puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia;* cuestión distinta es que, cuando la sentencia no los especifique, el legislador se refiere subsidiariamente a los actos que genéricamente considera de mayor complejidad o trascendencia para el patrimonio de la persona con discapacidad, que son aquellos para los que el tutor necesita autorización judicial[20].

En la *esfera personal* el curador puede intervenir para tomar las decisiones que excedan de las actividades básicas de la vida ordinaria y para todo lo relacionado con su salud, manejo de medicamentos, pautas alimenticias y consentimiento de tratamientos médicos[21].

La curatela está indicada para la supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas.

En definitiva la doctrina jurisprudencial indica que debe adoptarse una medida siempre *favorable a su interés* reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, *evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal* que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención.

PALLARÉS NEILA[22] se mostró muy crítico con la STS de 24 de junio de 2013[23] pues a su juicio realiza una utilización instrumental de la *curatela* para dar respuesta a situaciones que deberían ser objeto de una *tutela*, por aplicación directa de la Convención de Nueva York. Y ello porque tras declarar la incapacidad parcial extiende la pérdida de autogobierno a aspectos personales, sanitarios y patrimoniales[24]. Lo que a su juicio determina no una incapacidad parcial, no una curatela sino que «se trata de una tutela encubierta bajo una apariencia irreal[25], que en sus estrictos términos habrá sido imposible de ejercer por la entidad curadora»[26].

V. LA CURATELA Y LA PERSONA CON CAPACIDAD MODIFICADA PARCIALMENTE TITULAR DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como acabamos de ver, la doctrina jurisprudencial reiteradamente afirma que la persona con modificación parcial de la capacidad sigue siendo titular de sus derechos fundamentales[27] ya que las cautelas que se imponen son solo una forma de protección.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmado en Nueva York el 13 de diciembre 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, señala que: *la incapacitación*, al igual que la minoría de edad, *no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio.* De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado… Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona.

El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: «1.° Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. 2.° La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades

intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.

VI. DESIGNACIÓN DE CURADOR Y ALTERACIÓN DEL ORDEN LEGAL

El Código Civil establece un orden de preferencia en el llamamiento a ocupar el *cargo de curador*. No obstante, hemos apreciado como en los casos de modificación parcial del sujeto con discapacidad la doctrina jurisprudencial se decanta por elegir para el puesto a la persona que el tribunal considera más adecuada y conveniente para la protección del recurrente, para lo cual el propio juzgador valorará de forma motivada la idoneidad del sujeto elegido para el desempeño del cargo.

Será el juzgador quien determine que el sujeto señalado por el orden legal de preferencia carece de la idoneidad exigida, o bien porque tenga un desgaste físico y mental o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, *puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela*[28]. Por otro lado puede ocurrir que en el proceso de degeneración de la enfermedad el sujeto a quien se le modifica parcialmente la capacidad haya originado conflictividad familiar, y desaconseje el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente[29].

Si la persona afectada por discapacidad está en condiciones de hacerlo puede expresar su predilección acerca de quién prefiere que asuma el cargo de curador en el mismo momento en el que se va a proceder a su nombramiento con arreglo a los principios de la Convención de Nueva York, cuyo artículo 12.4 señala que las salvaguardias que se adopten *asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*. Además conforme a nuestro ordenamiento el juez debe oír a aquel cuya curatela se pretenda constituir (art. 231 del Código Civil y artículo 45.2 LJV)[30].

Ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha indicado que esta manifestación de voluntad expresada en el momento de constitución de la curatela no tiene la eficacia de la autotutela otorgada previamente en escritura pública, pero puede ser relevante como un criterio que permita al juez apartarse motivadamente del orden legal establecido para el nombramiento de tutor y curador. Resulta beneficioso para el interés de la persona con discapacidad que el apoyo sea prestado por una persona de su confianza y cariño, de modo que su interés quede protegido de manera más adecuada siguiendo sus preferencias. Para reconocer la eficacia de esta voluntad basta con que la persona goce de la capacidad suficiente para manifestar tal preferencia[31].

Supuesto distinto es el de la STS de 20 de octubre de 2015[32] donde se acordó que debía someterse a curatela como medida de protección que no se la puede prestar su familia por el enfrentamiento existente con ella, indicándose que el cargo será ejercido por la Comisión valenciana de Tutelas de la Generalitat Valenciana.

VII. REVISIÓN DE LA CURATELA. RENDICIÓN DE CUENTAS

Al ser la medida de protección ajustada a las necesidades concretas del sujeto con capacidad judicial modificada parcialmente, y teniendo en cuenta que la situa-

ción generalmente del mayor de edad con procesos de enfermedad degenerativos, la enfermedad puede evolucionar, el juzgador señalará en la propia sentencia el plazo necesario de revisión de la situación en plazos breves —cada seis meses o antes si fuera necesario según cada supuesto—. Situación que deberá ser puesta de manifiesto por el propio curador cuya una de sus obligaciones se concreta en informar al juzgado que ha conocido del asunto e igualmente también deberá rendir cuentas anuales de su gestión, generalmente a fecha 31 de diciembre de cada anualidad.

Ejemplo de la revisión de la sentencia de modificación parcial de la capacidad es la STS de 20 de octubre de 2015, cuyo supuesto de hecho se refiere a la incapacitada, que ya había sido declarada parcialmente incapaz en resolución judicial precedente, y que padecía un trastorno límite de la personalidad grave, concretándose su carácter permanente e irreversible.

VIII. LA CURATELA EN CATALUÑA

El legislador catalán regula en el Libro II, Título II, Capítulo III del Código Civil catalán la institución. No obstante adelantamos que las cuestiones tratadas no se diferencian en nada al derecho común ni a lo establecido por la doctrina jurisprudencial Así, en el artículo 223-1 indica las personas que podrán ser sometidas a curatela[33], en el artículo 223-6 se refiere a la curatela de las personas incapacitadas[34], las situaciones de conflicto de intereses (art. 223-7)[35], la falta de complemento de capacidad (art. 223-8)[36] la extinción de la misma (art. 223-9)[37], concretando también su régimen jurídico en el artículo 223-10[38]. Preceptos modificados por la disposición final de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, que entrará en vigor el 1 de enero de 2018.

Así la curatela se concibe como una institución flexible que complementa la capacidad, y, se admite en supuestos de incapacitación parcial con la obligación de rendir cuentas. Medida de protección cuya función es ejercerse siempre en interés de la persona asistida, de acuerdo con su personalidad, y dirigida al cuidado de su persona, a la administración o defensa de sus bienes e intereses patrimoniales y al ejercicio de sus derechos.

Institución totalmente diferente es la de la *asistencia*, que se regula en el Título II bajo la rúbrica «Las instituciones de protección de la persona», Capítulo VI «La asistencia» (arts. 226-1 a 226-7). De modo que una persona mayor de edad en la que concurre una causa de disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas (que no provoque una falta de autogobierno de la persona) toma la decisión de solicitar al juez el nombramiento en procedimiento de jurisdicción voluntaria de un asistente para que cuide de su persona y patrimonio, ejerciendo aquellas funciones que, le atribuye el propio asistido y, se determinan en el auto de nombramiento. Su función no es la de representar sino la de completar su capacidad en determinadas actuaciones, que afectan a la esfera personal y patrimonial del asistido. Opera sobre una persona capaz, si bien con una disminución de sus facultades físicas o psíquicas no susceptibles de constituir causa de incapacitación. Su constitución es voluntaria y con carácter gratuito, con un alcance personal y patrimonial, siendo el nombramiento judicial. Sin olvidarnos de otra figura: el apoderamiento preventivo (art. 222-2.2 CCC)[39].

La solicitud de nombramiento es voluntaria pero corresponde al juez en procedimiento de jurisdicción voluntaria proceder a su nombramiento, indicando las funciones concretas que va a llevar a cabo el asistente, tanto en la esfera personal[40] como patrimonial[41] de la persona asistida. Al ser un cargo voluntario, se ha de contar con la aceptación del asistente.

IX. CONCLUSIONES

I. La *curatela* es una institución jurídica de asistencia regulada para apoyar a la persona parcialmente incapacitada para la realización de aquellos actos que se determinen en la propia sentencia de incapacitación.

II. Las personas sometidas a curatela pueden actuar por sí mismas, pero su *capacidad se encuentra limitada* exigiéndose la asistencia del curador —que suple una capacidad insuficiente. Si la sentencia nada hubiera especificado, será necesaria la intervención del curador para los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial.

III. El juzgador será quien en cada caso concreto determine y ajuste el apoyo del curador que el discapacitado parcialmente incapacitado necesite.

IV. El sujeto mayor parcialmente incapacitado lo es porque al estar afectado por una enfermedad puede tener una «alta reserva cognitiva», *lo que no es compatible con su sometimiento a tutela pero si a curatela.*

V. La vida cotidiana se subdivide en dos esferas: la esfera personal y la esferal patrimonial o económica. La misión del juzgador consiste en determinar *el apoyo necesario que en cada caso precise la persona con discapacidad con el fin de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*, de acuerdo con los criterios de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

VI. Y lo hace conforme al *principio de inmediación* de la práctica y la valoración de las pruebas y audiencias preceptivas (art. 759 LEC), pues ello permite no solo acreditar la enfermedad sino también la situación actual de *anormalidad* en la vida diaria y de riesgo real de los sujetos en cada caso concreto.

VII. *La curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, pero no por el ámbito personal o patrimonial en el que se ejerce ni por la extensión de actos en los que se preste*.

VIII. En todo caso la curatela es una medida *favorable a su interés* reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, *evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal* que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención.

X. BIBLIOGRAFÍA

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.ª M. La curatela como medida de protección idónea en los casos de incapacitación parcial, en *Actualidad Civil,* núm. 2, Sección Estudios de Jurisprudencia, febrero de 2015, Editorial Wolters Kluwer. (La Ley 1212/2015).

BERROCAL LANZAROT, A. I. La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas, en *La Ley* Derecho de familia,

núm. 2, Sección A Fondo, Segundo trimestre de 2014, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 1578/2014).

BONÉ PINA, J. F. La tutela y la curatela en el nuevo Código de Familia de Cataluña, en *Actualidad Civil*, Sección Doctrina, 2000, Ref. V, 81, tomo 1, Editorial La Ley. (La Ley 1920/2001).

BOTELLO HERMOSA, P. La Sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, de 24 de junio de 2013, como prueba de la eficiente adaptación del artículo 12 a través de la curatela, en *Actualidad Civil,* núm. 9, septiembre de 2015, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 5677/2015).

MEDRANO PÉREZ, B. Incapacitación: tutela y curatela, en *Actualidad Civil,* núm. 2, febrero de 2016, Editorial Wolters Kluwer.

LIÉBANA ORTIZ, J. R. *Cuestiones prácticas sobre la jurisdicción voluntaria. 200 preguntas y respuestas*. Dirigido por Liébana Ortiz, Juan Ramón. Aranzadi, 2015. Pamplona. España.

PALLARÉS NEILA, J. Tutela versus curatela, *Actualidad Civil*, núm. 2, Sección A Fondo, febrero de 2016, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 659/2016).

SERRANO ALONSO, E. Relevancia de la intervención del juez en la incapacitación, tutela y curatela, en *Diario La Ley*, 1984, 1117, tomo 2, Editorial La Ley. (La Ley 6069/2001).

XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STC, Sala Segunda, Sentencia 174/2002 de 9 de octubre de 2002, Rec. 1401/2000. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. (La Ley 7855/2002).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 298/2017 de 16 de mayo de 2017, Rec. 2759/2016. Ponente: María Ángeles PARRA LUCÁN. (La Ley 48331/2017).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 216/2017 de 4 de abril de 2017, Rec. 56/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 21429/2017).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 373/2016 de 3 de junio de 2016, Rec. 2367/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 59408/2016).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 716/2015 de 17 de diciembre de 2015, Rec. 2577/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 196605/2015).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 557/2015 de 20 de octubre de 2015, Rec. 2158/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 147843/2015)
- STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 553/2015 de 14 de octubre de 2015, Rec. 1257/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 147841/2015).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 244/2015 de 13 de mayo de 2015, Rec. 846/2014. Ponente: Ignacio SANCHO GARGALLO. (La Ley 54799/2015).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 337/2014 de 30 de junio de 2014, Rec. 1405/2013. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 140916/2014)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 421/2013 de 24 de junio de 2013, Rec. 1220/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 92052/2013)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 617/2012 de 11 de octubre de 2012, Rec. 262/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 158043/2012)

- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 282/2009 de 29 de abril de 2009, Rec. 1259/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. (La Ley 49525/2009).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 646/2004 de 30 de junio de 2004, Rec. 2898/1999. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. (La Ley 1761/2004).

XII. LEGISLACIÓN CITADA

- Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006
- Código Civil
- Ley de Enjuiciamiento Civil
- Ley de Jurisdicción Voluntaria
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente
- Código del Derecho foral de Aragón
- Código Civil Catalán

NOTAS

[1] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 298/2017 de 16 de mayo de 2017, Rec. 2759/2016. Ponente: María Ángeles PARRA LUCÁN. (La Ley 48331/2017). STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 216/2017 de 4 de abril de 2017, Rec. 56/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 21429/2017). STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 557/2015 de 20 de octubre de 2015, Rec. 2158/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 147843/2015); STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 337/2014 de 30 de junio de 2014, Rec. 1405/2013. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 140916/2014); STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 421/2013 de 24 de junio de 2013, Rec. 1220/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 92052/2013); STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 646/2004 de 30 de junio de 2004, Rec. 2898/1999. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. (La Ley 1761/2004).

[2] El «trastorno límite de la personalidad», los «rasgos de trastorno paranoide de la personalidad», los «rasgos impulsivos y antisociales», tienen especial relevancia cuando el sujeto no se encuentra controlado y con tratamiento psiquiátrico continuado.

[3] Es el supuesto de hecho que fue analizado en la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 216/2017 de 4 de abril de 2017, Rec. 56/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 21429/2017).

[4] Es el supuesto de hecho objeto de análisis de la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 298/2017 de 16 de mayo de 2017, Rec. 2759/2016. Ponente: María Ángeles PARRA LUCÁN. (La Ley 48331/2017).

[5] La STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 216/2017 de 4 de abril de 2017, Rec. 56/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ, (La Ley 21429/2017), así lo reitera «La modificación de la capacidad supone "lo que la Sala ha calificado de *traje a medida"* (SSTS de 20 de abril de 2009, de 1 de julio de 2014, de 13 de mayo y de 20 de octubre de 2015) y para ello se precisa un conocimiento de la situación en que se encuentra esa persona en su vida diaria, y cómo se cuida en esa faceta de su vida, para inferir si puede actuar por sí misma o necesita ayuda».

[6] La STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 244/2015 de 13 de mayo de 2015, Rec. 846/2014. Ponente: Ignacio SANCHO GARGALLO, (La Ley 54799/2015), afirma que el juez goza de gran *discrecionalidad* a la hora de valorar la prueba practicada, *debiendo motivar en la sentencia la convicción psicológica a la que llega*. Y aunque se denegara la práctica de determinada prueba, tanto en primera como en segunda instancia se ha examinado a la

incapaz, se han oído a los parientes más próximos y se han recabado los informes médicos pertinentes.

[7] Supuesto de hecho de la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 298/2017 de 16 de mayo de 2017, Rec. 2759/2016. Ponente: María Ángeles PARRA LUCÁN. (La Ley 48331/2017).

[8] El trastorno límite de la personalidad, *borderline* (abreviado como TLP), también llamado limítrofe o fronterizo, es definido como «un trastorno de la personalidad que se caracteriza primariamente por inestabilidad emocional, pensamiento extremadamente polarizado y dicotómico, impulsividad y relaciones interpersonales caóticas». El perfil global del trastorno también incluye típicamente una inestabilidad acusada y generalizada del estado de ánimo, de la autoimagen y de la conducta, así como del sentido de identidad, que puede llevar a periodos de disociación.

[9] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 544/2014 de 20 de octubre de 2014, Rec. 229/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 145485/2014).

[10] La STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 244/2015 de 13 de mayo de 2015, Rec. 846/2014. Ponente: Ignacio SANCHO GARGALLO, (La Ley 54799/2015), afirma que una demencia senil leve, falta de movilidad, sordera y minusvalía administrativa del 90% no determinan su incapacitación total. Pueden serle preservados los estados de autonomía que sí se le reconocen. El deterioro que padece no le impide decidir sobre cuestiones relacionadas con su persona, como la libertad de deambulación sobre si prefiere seguir viviendo en su casa con una persona que le asista o en una residencia. Que precise de silla de ruedas y de alguien que le asista en sus necesidades personales no justifica anular su capacidad de decisión. Y aunque carezca de capacidad de cálculo, no está incapacitada para elegir el destino de sus medios económicos. Necesita de alguien que administre su patrimonio y complemente su capacidad. En estos procedimientos el *juez goza de gran discrecionalidad a la hora de valorar la prueba practicada, debiendo motivar en la sentencia la convicción psicológica a la que llega*. Y aunque se denegara la práctica de determinada prueba, tanto en primera como en segunda instancia se ha examinado a la incapaz, se han oído a los parientes más próximos y se han recabado los informes médicos pertinentes. En el mismo sentido la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 216/2017 de 4 de abril de 2017, Rec. 56/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 21429/2017).

[11] Se trata, como declara el artículo 1 de la Convención, de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención). Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar.

[12] La curatela no está limitada al ámbito patrimonial. La regulación conjunta de todos los supuestos en que procede la curatela (arts. 286 y 287 del Código Civil) permitiría creer lo contrario, puesto que la curatela de los emancipados (art. 323 del Código Civil) y la de los pródigos (por el propio presupuesto que la provoca) sí se limitan a los actos de naturaleza exclusivamente patrimonial. Sin embargo, para las personas con discapacidad esto no es así, porque ni resulta de la letra del artículo 287 del Código Civil ni es coherente con la exigencia de adoptar un sistema de apoyo que se adapte a las concretas necesidades y circunstancias de la persona afectada. La curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial, o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona. (Así lo afirma la STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 298/2017 de 16 de mayo de 2017, Rec. 2759/2016. Ponente: María Ángeles PARRA LUCÁN. (La Ley 48331/2017).

[13] Artículo 150 Curatela de incapacitados

1. La sentencia de incapacitación debe determinar los actos para los que el incapacitado necesita la asistencia del curador. Si no dispone otra cosa, se entenderá que la requiere, además de para los actos determinados por la ley, para aquellos en los que la precisa el menor mayor de catorce años.

2. La sentencia podrá conceder al curador la representación para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado. También podrá limitar la curatela al ámbito personal.

3. Si el incapacitado hubiese estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador quien hubiese sido su tutor, a menos que el juez disponga motivadamente otra cosa.

4. A esta curatela le son de aplicación supletoria, con las necesarias adaptaciones, las normas relativas a la tutela de incapacitados, especialmente en materia de promoción, constitución, contenido personal y extinción.

[14] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 421/2013 de 24 de junio de 2013, Rec. 1220/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 92052/2013). Persona que padece esquizofrenia paranoide. Designación de un curador.

[15] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 337/2014 de 30 de junio de 2014, Rec. 1405/2013. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 140916/2014).

[16] STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 553/2015 de 14 de octubre de 2015, Rec. 1257/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 147841/2015). La demandada padece una enfermedad psíquica diagnosticada como deterioro cognitivo tipo demencia asociada a ideación delirante, que cursa de forma crónica, progresiva e irreversible. La prueba practicada evidencia que tiene cierta autonomía para las habilidades básicas de la vida diaria y que es capaz de administrar pequeñas sumas de dinero que se le entregan como dinero de bolsillo. Pero su trastorno mental incide gravemente en su autonomía pues las actividades que realiza están condicionadas por el delirio que padece. Precisa una supervisión limitada a las tareas personales y patrimoniales que garanticen su estado de salud y el pago de sus necesidades ordinarias y eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas. Se le somete al régimen legal de curatela y no de tutela. El curador intervendrá en sus tareas de aseo, medicación, administración de su vida cotidiana y en la administración, gestión y disposición de su patrimonio y economía.

[17] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 557/2015 de 20 de octubre de 2015, Rec. 2158/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 147843/2015). La demandada padece un trastorno límite de la personalidad grave, de carácter permanente e irreversible.

[18] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 716/2015 de 17 de diciembre de 2015, Rec. 2577/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 196605/2015). El demandado padece una «esquizofrenia paranoide» que limita sus facultades para tomar decisiones económicas y relacionadas con su salud, pudiéndole llevar en ocasiones a realizar gastos injustificados o a abandonar el tratamiento previsto con evidente peligro del consumo paralelo de productos psicotrópicos. Su patología le impide autogobernarse, por lo que se le somete a un régimen de curatela como sistema de protección y no de exclusión, señalándose aquellos actos para los que precisará de la asistencia del curador.

[19] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 373/2016 de 3 de junio de 2016, Rec. 2367/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 59408/2016). La demandada padece una pseudodemencia depresiva en relación con trastorno adaptativo con un deterioro cognitivo leve. Con una adecuada supervisión puede realizar tareas de autocuidado y actividades instrumentales diarias. Necesita apoyos para tomar medicación y acudir a consultas psiquiátricas, así como para realizar actuaciones económicas, jurídicas y administrativas. No es necesaria su incapacitación, sino la instauración de una curatela que complemente su capacidad. No está justificado que sea privada del derecho de sufragio pues no se acredita que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros. Se nombra curador a la FUNGA (Fundación Pública Galega para a Tutela de Persoas Adultas). No se respeta la voluntad de la demandada de designar a la vecina que le ha venido asistiendo al constar que ha retirado sumas de dinero de la cuenta en la que aquella tiene sus ahorros y las ha incorporado a su patrimonio. La voluntad de la incapaz se ha visto influenciada por quien pretende asumir su curatela.

[20] Se necesita la asistencia de un curador para:

• Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios.
• Celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción.
• Renunciar derechos, así como transigir o someterse a arbitraje.
• Partir herencias o dividir cosas comunes.
• Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.
• Hacer gastos extraordinarios en los bienes.
• Entablar demanda, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.
• Ceder bienes en arrendamiento sujetos a prórroga forzosa o por más de 3 años.
• Dar y tomar dinero a préstamo.
• Disponer a título gratuito de bienes o derechos.

[21] Ello, naturalmente, sin perjuicio de la aplicación *cuando proceda* de lo dispuesto en el artículo 9.2.b) y en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente. El primero legitima a los facultativos para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. El artículo 9.3 indica que cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. En todo caso, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, en los términos del artículo 9.6 de la misma Ley.

A la vista de los informes médicos, la inhabilidad puede extenderse:

• a la *conducción de vehículos de motor* y a la *tenencia y uso de armas*, ámbitos en los que carece de sentido la actuación por representación pero también con asistencia del curador.
• declararse la *extinción de los poderes* que hubiera podido haber otorgado.
• Pero se puede conservar el *derecho de sufragio activo*.
• Por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de *testamento* habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 665 del Código Civil, conforme al cual el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad.

[22] PALLARÉS NEILA, Javier: «Tutela versus curatela», *Actualidad Civil*, núm. 2, Sección A Fondo, febrero de 2016, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 659/2016).

[23] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 421/2013 de 24 de junio de 2013, Rec. 1220/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 92052/2013).

[24] «*En la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere al patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para su administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, evitando el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo)*».

[25] «*Se mantiene a FUNGA como curador la cual deberá informar cada seis meses, o antes si fuera necesario, sobre la situación personal del incapacitado y rendir cuentas anuales de su gestión a fecha 31 de diciembre de cada anualidad. Dicha rendición consistirá en una relación detallada de los gastos e ingresos acaecidos en su patrimonio, relación que habrá de ir acompañada de documentos originales, justificativos de los mismos y se hará entrega en el Juzgado que ha conocido de este asunto*».

[26] La explicación del por qué el Tribunal Supremo ha llegado a dictar esta resolución, la encontramos en el FJ2º: «*4. Estos hechos… conducen a estimar la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen*

su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad (SSTS de 29 de abril y 11 de octubre de 2009). Una solución distinta, como dice el Ministerio Fiscal, "no va a repercutir en mejorar su modo de vida, puede apagar su arte y no garantizará la toma de la medicación que precisa no teniendo sentido hacerlo de forma coactiva", sino mediante un simple apoyo del curador».

[27] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 282/2009 de 29 de abril de 2009, Rec. 1259/2006. Ponente: Encarnación Roca Trías. (La Ley 49525/2009), indica que de la prueba practicada ha quedado acreditado que la demandada está afectada por una incapacidad total y permanente que limita funcionalmente la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes. Y la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 617/2012 de 11 de octubre de 2012, Rec. 262/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 158043/2012) que analiza un supuesto de enfermedad psíquica que impide al demandado gobernarse por sí mismo.

[28] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 216/2017 de 4 de abril de 2017, Rec. 56/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 21429/2017).

[29] Así lo indica la STS de 1 de julio de 2014, que reitera la de 19 de noviembre 2015, y que declara lo siguiente: «el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, *aunque puede apartarse de este orden legal*, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla».

[30] Artículo 45. Tramitación, resolución y recurso, «2º En la comparecencia se oirá al promotor, a la persona cuya designación se proponga si fuera distinta al promotor, a aquel cuya tutela o curatela se pretenda constituir si fuera mayor de 12 años o al menor de dicha edad que tuviere suficiente madurez, a los parientes más próximos, al Ministerio Fiscal, y a cuantas personas se considere oportuno.

Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas».

[31] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 216/2017 de 4 de abril de 2017, Rec. 56/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 21429/2017).

[32] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 557/2015 de 20 de octubre de 2015, Rec. 2158/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (La Ley 147843/2015).

[33] Casos de curatela. Deben ponerse en curatela, si procede, las siguientes personas:

a) Los menores de edad emancipados, si los progenitores han muerto o han quedado impedidos para ejercer la asistencia prescrita por la ley, salvo el menor emancipado casado o conviviente en pareja estable con una persona plenamente capaz.

b) Los incapacitados con relación a los que no se haya considerado adecuada la constitución de la tutela.

c) Los pródigos.

[34] La sentencia de incapacitación puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta para hacer los demás actos de esta naturaleza por ella misma.

[35] Si existe conflicto de intereses entre la persona puesta en curatela y el curador, así como en el caso de imposibilidad, el letrado de la Administración de Justicia debe designar un defensor judicial.

[36] Los actos realizados sin la asistencia del curador, si es necesaria, son anulables a instancia del curador, o de la persona puesta en curatela en el plazo de cuatro años a partir del momento en que sale de la curatela.

[37] La curatela se extingue por las siguientes causas…d) La resolución judicial que deja sin efecto la declaración de incapacidad, o que la modifica y sustituye la curatela por la tutela.

[38] Se aplican a la curatela las normas de la tutela en lo que no se opongan al régimen propio de aquella, incluidas las relativas a la rendición de cuentas si el curador tiene atribuidas funciones de administración ordinaria.

[39] Apoderamiento preventivo en sentido estricto o *ad cautelam,* y, apoderamiento continuado o con subsistencia de efectos. Artículo 222-2. Poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad.1. No es preciso poner en tutela a las personas mayores de edad que han nombrado a un apoderado en escritura pública para que cuide de sus intereses. En tal caso el poderdante puede ordenar que el poder produzca efectos desde el otorgamiento, o bien establecer las circunstancias que deben determinar el inicio de la eficacia del poder. Si en interés de la persona protegida llega a constituirse la tutela, la autoridad judicial, en aquel momento o con posterioridad, a instancia del tutor, puede acordar la extinción del poder.

[40] El asistente debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales. En particular, corresponde al asistente recibir la información y dar el consentimiento si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas (art. 226-2.2).

[41] Su función es la de intervenir junto con la persona asistida en los actos de administración y gestión aunque a petición del asistido, la autoridad judicial puede conferirle también funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de seguir el asistido conservando las facultades de gestión de su propio patrimonio, y de actuar con o sin la intervención del asistente, pues, no olvidemos, que es persona plenamente capaz (art. 226-2-3 CCC). Dentro de las atribuciones de gestión, puede incluirse la relativa a la administración de un patrimonio protegido [art. 227-3.2 e) CCC]. No olvidemos que la intervención del asistente es complementaria siendo necesario el consentimiento de la persona asistida en el acto o contrato, salvo que la resolución judicial haya atribuido al asistente facultades expresas de administración.

1.2. Derecho de familia

Los negocios fiduciarios ante los procedimientos de separación, divorcio y nulidad

Fiduciary business in the process of separation, divorce and nullity

por

SERGIO TUDELA CHORDÁ

Doctor en Derecho

Abogado en ejercicio

RESUMEN: Los negocios fiduciarios en su vertiente *cum amico*, se basan en la confianza depositada entre fiduciante y fiduciario, consistiendo en una transmisión formal y aparente de la propiedad frente a terceros, pero manteniendo el fiduciante la propiedad real. Este tipo negocial encuentra su máxima difusión en la órbita de las relaciones familiares y su máxima conflictividad se produce frente a las crisis matrimoniales. En el presente trabajo se aborda en primer lugar el posicionamiento doctrinal ante el instituto negocial. Habida cuenta de la falta de virtualidad que le confiere la doctrina mayoritaria, se centrará el estudio jurisprudencial para la conceptualización, alcance y consecuencias del negocio fiduciario *cum amico* en el tráfico jurídico y el estudio y comentario de diversas resoluciones judiciales que abordan el negocio fiduciario *cum amico* ante las crisis matrimoniales, tanto para distinguir los negocios fiduciarios de las donaciones como para el estudio casuístico de la institución.

ABSTRACT: Fiduciary businesses in their cum amico slope are based on trust deposited between trustor and trustee, consisting of a formal and apparent transfer of ownership to third parties, but maintaining the real property the trustor. This type of business finds its maximum diffusion in the orbit of the familiar relations, and its maximum unrest occurs when marital crisis happen. In this work, the doctrinal positioning before the negotiating institute is first tackled. Given the lack of virtuality conferred by the majority doctrine, the jurisprudential study will focus on the conceptualization, scope and consequences of the cum amico fiduciary business in legal traffic and the study and commentary of various judicial decisions that approach the fiduciary business cum amico to the marital crisis, both to distinguish fiduciary businesses from donations, and to casuistic study of the institution.

PALABRAS CLAVE: Fiducia *cum amico.* Confianza. Divorcio. Negocio fiduciario. Extinción.

KEY WORDS: Cum amico fiduciary business. Trust. Divorce. Fiduciary business. Extinction.

SUMARIO: I. CONCEPTO Y ALCANCE DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS: 1. DEFINICIÓN: *A) La confianza como elemento configurador del negocio fiduciario.* 2. DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL: *A) Distinción de las modalidades de negocios fiduciarios según la jurisprudencia. B) Notas características de los negocios fiduciarios.*—II. FIDUCIA *CUM AMICO* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL COMO NEGOCIO VÁLIDO, POSIBLE Y LÍCITO DEL NEGOCIO FIDUCIARIO *CUM AMICO*.—III. DETERMINACIÓN Y DISTINCIÓN DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS ANTE LAS CRISIS MATRIMONIALES: 1. DISTINCIÓN ENTRE NEGOCIO FIDUCIARIO *CUM AMICO* Y DONACIONES. 2. DIFERENCIA DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y LOS NEGOCIOS DE CONFIANZA.—IV. LA CONFIANZA ANTE LA CRISIS MATRIMONIAL Y LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS: 1. COMENTARIOS A RESOLUCIONES JUDICIALES: *A) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2006. B) Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012. C) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 2010. D) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011. E) Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de diciembre de 2007. F) Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de octubre de 2012.*—V. LA CRISIS MATRIMONIAL COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS *CUM AMICO*.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONCEPTO Y ALCANCE DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

1. DEFINICIÓN

El negocio fiduciario es una institución que por su complejidad y práctica habitual en el tráfico jurídico ha generado una cantidad ingente de estudios doctrinales y ha sido también protagonista de infinidad de resoluciones judiciales y administrativas. Así para abordar el presente estudio en primer lugar centraré la institución a través del concepto doctrinal y jurisprudencial de negocio fiduciario.

En general la doctrina autorizada en la materia concibe el negocio fiduciario como negocio simulado relativamente y en consecuencia con los efectos inherentes al contrato simulado y al disimulado. Si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo le da carta de validez y eficacia a los negocios fiduciarios, y los considera como un tipo negocial autónomo en el que la confianza entre los contratantes juega un papel primordial, —sobre todo en la modalidad *cum amico*—, dándose estos últimos en la órbita de las relaciones familiares, generando conflicto ante las crisis matrimoniales. Es por ello que el presente trabajo se centrará en definitiva, en el estudio jurisprudencial de la institución ante las crisis matrimoniales.

DE CASTRO (DE CASTRO Y BRAVO, 1985, 383) configura el concepto de negocio fiduciario partiendo de la incongruencia entre el negocio verdaderamente pactado entre las partes y el que se muestra al exterior: «cuando se trata del negocio fiduciario, se acostumbra a decir que el fenómeno práctico a dilucidar se caracteriza por la incongruencia del medio jurídico elegido (enajenación) y el fin económico o práctico perseguido (garantía, administración), discordancia de la que nace el peligro para el fiduciante y la posibilidad de abuso para el fiduciario».

Generalmente, y refiriéndose a la fiducia *cum creditore*, el medio jurídico empleado sería la compraventa, mientras que el fin económico perseguido sería un afianzamiento de crédito. En el caso de la fiducia *cum amico,* el medio jurídico empleado sería también cualquier contrato —válido— que transmita el dominio

del bien, y el fin perseguido no iría más allá de un derecho de representación o mandato. De esta incongruencia nace el elemento esencial del negocio fiduciario: la fiducia o confianza. Son negocios en los que la confianza tiene un *plus* de importancia frente a cualquier otro tipo de negocio real, ya que se confía en que el fiduciario no abusará del derecho que tiene frente a terceros, pero que en todo caso podría transmitir, ya que jurídicamente tiene capacidad para hacerlo.

DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 1988, 67), por su parte, conceptúan el negocio fiduciario como instrumento, ni siquiera como negocio jurídico autónomo: «instrumento a través del cual se llevan a cabo transmisiones o atribuciones patrimoniales de una persona a otra, pero para conseguir unos fines distintos y más débiles de los típicos de tales desplazamientos patrimoniales, que se concretan en un acto o acuerdo»[1]. En esta obra, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS dejan patente que la voluntad de las partes difiere de la transmisión patrimonial; es decir, las partes no quieren transmitir, pero se ven abocadas a la transmisión del bien para poder conseguir el fin de garantía o representación en su caso.

En este mismo sentido, ALBALADEJO (ALBALADEJO GARCÍA, 1958, 221) —al igual que la gran mayoría de la doctrina— niega la existencia autónoma del negocio jurídico fiduciario en nuestro derecho y afirma que es un negocio simulado, con simulación relativa. Los sujetos involucrados no tienen voluntad verdadera de transmitir la cosa objeto del contrato, sino que declaran una voluntad falsa (de transmitir) para encubrir o disimular la verdadera (de dar en garantía o en confianza para ocultar, etc.). Y define el negocio fiduciario como aquel por el que se realiza una atribución patrimonial que sobrepasa el fin perseguido, obligándose, el que la recibe, a usarla dentro de los límites de aquel fin y a la posterior restitución de lo adquirido.

Por tanto, se emite una declaración de voluntad —de transmitir la cosa— que no responde a la voluntad verdadera. Hay una voluntad auténtica, en la que están conformes los sujetos, consistente en una transmisión limitada al fin pactado de garantía o representación. No se trata de una simulación absoluta, con falta de causa, que produce la inexistencia del negocio jurídico, sino de una simulación relativa. Se declara una voluntad de transmitir, que no es cierta, y se disimula lo verdaderamente querido. El negocio simulado no es válido, pero sí lo es el disimulado: se expresa una causa falsa —de transmitir— y se oculta la verdadera y lícita —de garantizar, por ejemplo— que sí es válida (art. 1276 del Código Civil). Con todo no se puede olvidar que las partes quieren la transmisión, pero con unos efectos y garantías consensuados en el pacto fiduciario. Las partes han buscado la incongruencia, la desproporción, la transmisión y la apariencia creada frente a terceros. Esta es la teoría que sostiene la gran mayoría de la doctrina, que con base en la tesis de DE CASTRO, consideran el negocio fiduciario como un negocio simulado relativamente.

De este modo, si un tercero de buena fe —que no lo es el que conoce la realidad del negocio fiduciario— adquiere la cosa objeto del mismo, tendrá absoluta protección su adquisición, por el artículo 464 del Código Civil si es mueble y con base en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria si es inmueble. Sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad en que incurra el fiduciario.

A) La confianza como elemento configurador del negocio fiduciario

Existen autores que —partiendo también de la desproporción o contradicción entre el negocio jurídico empleado y la finalidad buscada— le dan más impor-

tancia a la confianza para conceptuar el negocio fiduciario que aquellos otros que optan por la característica de la incongruencia, que conlleva necesariamente a concebir el negocio fiduciario como negocio simulado.

PANTALEÓN PRIETO[2] (PANTALEÓN PRIETO, 1955, 4407 y sigs.) también describe el negocio fiduciario partiendo de la existencia de contradicción entre el medio jurídico empleado y el fin buscado, pero deja patente que las partes buscan y convienen la forma con la que se construye el negocio fiduciario. Queda claro, consecuentemente, que su voluntad es que exista esa desproporción o incongruencia entre el efecto jurídico querido por las partes durante la vigencia de la relación fiduciaria y la finalidad económica buscada. Asimismo resalta que existe un riesgo de abuso de poder del fiduciario frente al fiduciante, por lo que la confianza debe ser plena. Sin embargo, cuando el negocio no es querido, como pretenden afirmar algunos autores, la confianza debe ser absoluta, ya que, según el concepto dado por PANTALEÓN PRIETO, las partes sí que quieren transmitir y adquirir, y ello forma parte del negocio jurídico que han convenido.

Para JORDANO BAREA «el negocio fiduciario consistirá en la transmisión definitiva de una cosa o de un derecho para un fin de administración o garantía que no exige esa transmisión definitiva» (JORDANO BAREA, 1959, 13).

Al no existir una correspondencia en cuanto a la apariencia jurídica con lo realmente pretendido por las partes, nos encontramos con que el fiduciante entrega un bien al fiduciario en propiedad —aun cuando el fin verdadero no es ese—, confiriéndole una titularidad definitiva al fiduciario, con lo que puede existir un abuso por parte de este. De este peligro de abuso se obtiene una de las más importantes características de esta figura jurídica: la confianza. La confianza es el elemento característico e indispensable en el negocio fiduciario. Por eso el fiduciante pone en práctica voluntariamente el negocio confiando en la lealtad del fiduciario, (JORDANO BAREA, 1959, 13), ya que, efectivamente abuse o no de la apariencia jurídica, lo que está claro es que existe una desproporción entre lo pretendido y lo verdaderamente mostrado a terceros a través de la publicidad registral.

DÍEZ PICAZO considera la confianza como elemento configurador del negocio fiduciario[3] (DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1987, 29) y por tanto de su concepto, pero esta confianza —según este autor— no es capaz de transformar las voluntades y/o los motivos en causa, por lo que la falta de causa produce como consecuencia la simulación relativa del contrato.

Partiendo de la base de que el negocio fiduciario tiene como premisa principal la confianza existente entre las partes, ZANNONI lo define del siguiente modo: «el acto jurídico fiduciario —del latín: *fiduciae*, fe, confianza— es aquel que se celebra para constituir o transmitir un derecho a quien, de acuerdo con la intención real de las partes, tiene que transmitirlo a su vez más tarde, mediante otro acto o negocio a un tercero» (ZANNONI 1986, 362). En esta obra, ZANNONI también recoge el concepto dado por FERRARA, que manifiesta: «el acto fiduciario impulsa, pues, un negocio real por medio del cual el fiduciante constituye o transmite un derecho al fiduciario, si bien esa constitución o transmisión está vinculada o afectada-modificada, por la obligación del fiduciario de hacer un uso determinado del derecho mismo. Por tanto el fiduciario tiene la obligación personal de usar el derecho adquirido solo para aquel fin restringido que las partes quieren, y por lo tanto, para restituirlo eventualmente al constituyente o transmitente —fiduciante— o a terceras personas». Obviamente estamos ante un negocio que, frente a terceros, otorga la propiedad de un bien a una persona —fiduciario—, pero que tiene unas limitaciones no establecidas por la

Ley, ni tan siquiera —en la mayoría de los casos— pactadas de forma escrita, pero que deben ser respetadas por el fiduciario para el buen fin del negocio jurídico. Esta obligación casi espiritual que podría ser la base del negocio rezuma la característica de confianza *inter partes*.

Como ha quedado patente, a través de la conceptualización del negocio fiduciario, la doctrina no reconoce virtualidad y autonomía como negocio independiente, sino que es concebido por la doctrina mayoritaria como un negocio simulado relativamente.

MARTÍN LEÓN, considera que en la actualidad existe un eclecticismo en doctrina y jurisprudencia para proporcionar un concepto de negocio fiduciario sin pronunciarse acerca del traspaso o no de la propiedad (MARTÍN LEÓN 2012, 29).

GALGANO (GALGANO, 1992,87), por su parte, lo define como una categoría contractual determinada, definida como contrato o negocio fiduciario, en virtud del cual la propiedad de un bien resulta transferida de un sujeto a otro a través del pacto fiduciario —*pactum fiduciae*—, que el segundo utiliza para un determinado fin, alcanzado el cual debe volver a transferir el bien al primero. Así, GALGANO ya no parte de la incongruencia o desproporción entre lo mostrado y publicitado y lo verdaderamente pretendido por las partes, y lo reconoce como categoría contractual; además, también debo destacar de GALGANO que entiende en su concepto que en el negocio fiduciario no existe una transmisión de la propiedad definitiva, sino que debe ser transferido otra vez al fiduciante alcanzado lo pactado.

Otros autores consideran que no existe confianza en los negocios fiduciarios *cum creditore*. DURÁN RIVACOBA afirma que la confianza en la fiducia *cum creditore* proviene solo de ideas abstractas, ya que no existe tal confianza si el acreedor exige una garantía tan desproporcionada frente al préstamo, y tampoco respecto del deudor, que exige una garantía tan grande (DURÁN RIVACOBA, 1998, 169).

2. Definición jurisprudencial del negocio fiduciario

El Tribunal Supremo en esta última década define el negocio fiduciario a través de resoluciones que se van reiterando y en este sentido: la sentencia de 31 de octubre de 2012[4], que recoge las sentencias de esta Sala de 13 de julio de 2009[5], y de 28 de marzo de 2012, se refiere al negocio fiduciario afirmando que «su precedente histórico se halla en las *Instituciones* de GAYO habiendo sido reconocida su posibilidad y validez por la jurisprudencia, salvo finalidad fraudulenta (sentencias de 15 de marzo de 2000; 16 de julio de 2001; 13 de febrero de 2003 y 7 de mayo de 2007), de modo que en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, siendo así que el dominio seguirá perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza». Como se desprende del párrafo transcrito, en la actualidad, el concepto que parte de dos negocios independientes ha sido obviado, y por el contrario, se centra en definir que la propiedad del fiduciario es meramente formal.

Un concepto de negocio fiduciario válido en todo momento, con independencia de qué teoría interpretativa se aplique y qué defina el contenido del instituto con independencia de la modalidad de negocio fiduciario —*cum amico o cum creditore*—, es el recogido por el Tribunal Supremo en diversas sentencias, entre otras las de 2 de diciembre de 1996 y sentencia del Tribunal Supremo de

5 de marzo de 2001 y 17 de julio de 2001: «aquel que consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor del otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. Siendo válido y eficaz el negocio cuando no encierre fraude de ley».

De este concepto dado por la jurisprudencia se extraen las siguientes características:

1. Se ha sustituido la transmisión de la propiedad por «atribución patrimonial». El cambio es significativo habida cuenta de que la atribución patrimonial conlleva de forma intrínseca el carácter de la propiedad fiduciaria, que no es una propiedad plena sino limitada por el *pactum fiduciae*.
2. Además se limita el poder de disposición al *pactum fiduciae*: «para que este utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron»
3. Se insiste en la obligación de retransmisión cuando se haya cumplido la finalidad prevista.
4. La exigencia de que no encierre fraude de ley es otra nota característica de esta figura: »será válido y eficaz cuando no encierre fraude de ley». La jurisprudencia apela a la libertad de pactos recogida en el artículo 1255 del Código Civil para justificar la existencia o la cabida del negocio fiduciario en nuestro sistema jurídico; y las salvedades serán que no vayan en contra de la ley, la moral y el orden público.

Respecto a esta nota característica, entiendo que hace referencia, a la protección que la legislación debe dar a los terceros de buena fe, ajenos al negocio fiduciario, ya que estos no pueden conocer el contenido de este negocio por la propia naturaleza del mismo. El límite establecido en el artículo 1255 del Código Civil es cuestionado por la última jurisprudencia y parte de la doctrina, no tanto por la libertad de pactos, sino porque no puede ser el único sustento para amparar el negocio fiduciario en un sistema causalista como el nuestro. Con el abandono de la teoría del doble efecto y con la base normativa del artículo 1274 del Código Civil; ya que este precepto determina que, en los contratos onerosos, la causa es la prestación o promesa de una cosa o servicio.

De estas características obtenemos que es un negocio cuya apariencia frente a terceros es diferente a lo pactado, ya que los efectos *inter partes* no se muestran al exterior. Este espíritu conlleva implícito una nota importantísima dentro de la fiducia, que es la confianza: debe existir una gran confianza para respetar un pacto interno que solo conocen las partes y cuya obligación para su cumplimiento dependerá de la formulación del propio negocio jurídico.

Con todo, podemos extraer cuatro elementos comunes a los negocios fiduciarios, que CÁMARA LAPUENTE ha denominado tópicos que son los que la jurisprudencia ha asumido como definitorios del negocio fiduciario (CÁMARA LAPUENTE, 1999, 1809):

a) Utilización de un medio indirecto para obtener un resultado al que podría haberse llegado de forma directa.
b) Desproporción entre el medio empleado y el fin práctico obtenido.

c) Riesgo de abuso del fiduciario, debido a la posibilidad de que quiebre la confianza puesta en él por el fiduciante si procede deslealmente, generando terceros adquirentes frente a los cuales el fiduciante carece de acción o resistiéndose infundadamente a la restitución.
d) Rango superlativo de la confianza (fiducia), que alcanza en este tipo negocial su máxima expresión; superior a la que, en mayor o menor grado, acompaña a toda contratación.

A) Distinción de las modalidades de negocios fiduciarios según la jurisprudencia

Existen dos modalidades, partiendo del objeto y la finalidad de los negocios fiduciarios: fiducia *cum amico* y *cum creditore.* Si bien en el presente artículo, definiré ambas figuras, pero me centraré en el estudio del negocio fiduciario en su modalidad *cum amico,* ya que es donde se da en estado puro la relación de confianza; siendo en las relaciones matrimoniales su máximo exponente.

DE ÁNGEL YAGÜEZ con base en el derecho romano y en la causa del negocio distingue dos especies de negocios fiduciarios: fiducia *cum amico* y fiducia *cum creditore*. La primera responde a fines de favor o complacencia y la segunda por razones de garantía y seguridad (DE ÁNGEL YAGÜEZ, 1973, 50). El concepto de negocio fiduciario dado por la doctrina científica es tan dispar y poco clarificador que en este apartado voy a explicar el concepto dado por la jurisprudencia. Si bien es cierto que este concepto jurisprudencial puede ir cambiando según la época de la sentencia y de la teoría utilizada en el momento, no es menos cierto que, con respecto a la conceptualización del negocio fiduciario *cum amico* y *cum creditore,* se ha mantenido invariable desde finales del siglo XX hasta la fecha.

La jurisprudencia considera que en función de la causa del negocio fiduciario se distinguen dos tipologías de institución fiduciaria. La causa vendrá determinada por el *pactum fiduciae*, es decir, lo verdaderamente querido por las partes. Entiendo que será el *pactum fiduciae* o, mejor dicho, el objeto del mismo, el que determinará el tipo de negocio fiduciario. Los negocios fiduciarios a pesar de su heterogeneidad pueden ser clasificados en dos grandes grupos:

1º. Los pertenecientes a la denominada «fiducia *cum amico*»
2º. Los pertenecientes a la denominada «fiducia *cum creditore*»

Así la jurisprudencia viene a distinguir dentro del negocio fiduciario ambas instituciones según su finalidad. Cuando existe un fin de garantía, será fiducia *cum creditore*, y cuando la finalidad sea la representación, sustitución o mandato para gestionar o administrar el bien estaremos ante una fiducia *cum amico*, como concluye el Tribunal Supremo en las sentencias—por todas— de fecha de 4 de febrero de 1994 y 22 de junio de 1995[6].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es pacífica respecto a la distinción entre ambas formas fiduciarias, y así la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª) de 21 de junio de 2010 resume la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y describe el patrón estructural de las sentencias: primero se justifica el negocio fiduciario a través del derecho romano, con cita de las *Instituciones* de GAYO y dándosele carta de naturaleza a través de la cita de varias sentencias del Tribunal Supremo que conciben la institución como válida, existente y posible, salvo finalidad fraudulenta[7].

En segundo lugar, respecto a la diferencia entre la fiducia *cum amico* y *cum creditore*, se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo —por todas— de 4 de febrero de 1994 y 22 de junio de 1995 de la siguiente manera: «aquel negocio que consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o derecho adquirido mediante la referida asignación para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de revertirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. De lo que se trata es de crear una apariencia lo más real posible para que los terceros destinatarios de la misma —ya sea con el fin de garantizar el pago de una deuda, que sería el caso de la fiducia *"cum creditore"* o la fiducia hecha con el fin de sustituir al fiduciante en la gestión y realización de un negocio, fiducia *"cum amico"*— lleguen a creérsela».

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2006, con cita de la sentencia de 16 de julio de 2001, define la fiducia *"cum amico"*: «en esta modalidad de fiducia, el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero —beneficiario—, de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal, en el sentido de aparente, caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de la confianza, y de ahí que doctrinalmente se considere la fiducia *"cum amico"* la forma pura o genuina del negocio fiduciario».

La jurisprudencia, para distinguir las dos modalidades negociales, parte de determinar a quién beneficia el negocio fiduciario. Así y en esencia, la fiducia *cum amico* beneficia y se contrae en provecho del fiduciante, ya que el fiduciario tendrá la carga de administrar o gestionar el bien de conformidad con lo pactado. La fiducia *cum creditore* se celebra en provecho del fiduciario, el ejemplo típico son las transmisiones de la propiedad con finalidad de garantía, a favor de un acreedor.

B) Notas Características

De lo arriba expuesto se pueden extraer las siguientes notas características:

a) La fiducia *cum creditore*
— Se contrae en interés del fiduciario (que es el acreedor cuyo crédito se garantiza a través de una transmisión patrimonial de la cosa).
— Existe la titularidad de una cosa en nombre propio y por cuenta propia.
— La doctrina llega a calificarla como fiducia egoísta frente a la altruista (*cum amico*).
— La nota de confianza no es tan absoluta como en la fiducia *cum amico*, pero es mayor al estándar que exige cualquier contratación.

b) La fiducia *cum amico*
— Se concluye en interés del fiduciante o de un tercero beneficiario (ya que el fiduciario ostenta un derecho de representación y tiene la carga de cumplir con lo pactado).
— Titularidad en nombre propio (del fiduciario) y por cuenta ajena (fiduciante o tercero designado).
— Basada en la confianza (generalmente se da entre familiares, amigos, personas de confianza que deben lealtad…).

II. FIDUCIA *CUM AMICO* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El negocio basado en la confianza o negocio fiduciario se da en su estado puro en la modalidad *cum amico*, ya que es en este tipo negocial donde el fiduciante a través de un pacto de confianza, que generalmente no está instrumentado documentalmente, transmite la propiedad con una finalidad de representación o administración. Es un negocio cuya virtualidad y eficacia la doctrina científica niega por considerarlo un negocio simulado relativamente, sin embargo la jurisprudencia le da carta de naturaleza y eficacia plena. La fiducia *cum amico* se da en su máximo esplendor en la órbita de las relaciones familiares y en concreto, con un alto nivel de conflictividad, en las relaciones matrimoniales entre cónyuges y familiares de estos.

La jurisprudencia viene a definir la fiducia *cum amico* como aquel negocio jurídico por el cual uno de los contratantes, llamado fiduciante realiza un negocio traslativo de la propiedad —generalmente a través de compra venta— a favor de otro —llamado fiduciario—, para que lo utilice con una finalidad determinada (representación o administración), debiendo devolver el bien al fiduciante o tercero designado cuando se cumpla la finalidad.

La titularidad del bien que ostenta el fiduciario es formal, en el sentido de aparente. La jurisprudencia del Tribunal Supremo concibe el negocio fiduciario como negocio jurídico, válido y eficaz, con las salvedades establecidas en el artículo 1255 del Código Civil. Es decir, que no sea contrario a las leyes, a la moral, ni al orden público. La modalidad fiduciaria *cum amico* se realiza en interés del fiduciante, que según lo pactado de forma interna, es el único beneficiario, con especial relevancia a la confianza que debe existir entre las partes contratantes. Evidentemente la confianza es absolutamente necesaria para la traslación del dominio, y así viene a recogerlo el Tribunal Supremo a través de la sentencia de 27 de febrero de 2003[8].

La titularidad formal, en sentido de aparente, y la confianza, son las notas características de esta figura la fiducia *cum amico* según establece la sentencia de 25 de marzo de 2011[9].

Se puede afirmar que es un negocio jurídico basado en la confianza, que contrae el verdadero propietario del bien —fiduciante— que transmite un bien o derecho con la finalidad de gestión o representación a favor del fiduciario. Tras la celebración del negocio, el fiduciante pasará a ostentar una propiedad material o real frente al fiduciario, que a su vez se convertirá en propietario aparente del bien, hasta que cese la causa que lo generó, o lo solicite el fiduciante.

1. Reconocimiento jurisprudencial como negocio válido, posible y lícito del negocio fiduciario *cum amico*

La validez de esta modalidad de negocio jurídico es reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, salvo cuando la finalidad sea fraudulenta como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009[10]. En esta sentencia, se impone un límite muy clarificador; y es que la validez queda supeditada a que la finalidad no sea fraudulenta.

De manera análoga se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2011[11]. Esta resolución recoge el típico supuesto de hecho en el que unos padres, con la finalidad de eludir deudas, cambian la titularidad de los

bienes a favor de sus hijos a través de una compraventa. Desplegada la prueba en el procedimiento judicial, y demostrada la verdadera intención, se declara ilícito el negocio fiduciario. Concluye esta sentencia indicando que, habida cuenta que los fiduciarios no ostentan una titularidad real sino formal, cabe la acción subrogatoria ejercida por el acreedor con la finalidad de que los bienes vuelvan al patrimonio de los verdaderos propietarios. La sentencia resalta que los negocios fiduciarios pueden ser lícitos o ilícitos, y que una finalidad ilícita nunca puede quedar amparada por el ordenamiento jurídico.

En términos similares se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2007[12], que viene a recoger los argumentos jurisprudenciales que configuran la fiducia *cum amico* como negocio jurídico válido, posible y lícito. Estos extremos son recogidos con base en las sentencias de 16 de julio de 2001, 17 de septiembre de 2002 y 13 de febrero de 2003, entre las más recientes. La primera de las citadas —STS de 16 de julio de 2001— recoge la diferencia entre propiedad formal del fiduciario, y propiedad material o real del fiduciante[13]. Y la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1992 que destacaba la similitud, pero no la equiparación de la fiducia *cum amico,* con el mandato. El supuesto de hecho recogía un asunto en el que una sociedad era titular formal de unos préstamos (fiduciario) que en realidad eran para determinados socios de la mercantil (fiduciantes). La titular formal del préstamo era la mercantil por cumplir los requisitos exigidos por la entidad financiera; los socios beneficiarios y la mercantil pactaron qué devolución y en qué proporción debería responder cada socio.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1996, —recogiendo doctrina que ya se contenía en las del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1932, 14 de octubre de 1959, 6 de octubre de 1977 y 3 de enero de 1978— consideraba la validez del contrato no obstante haberse expresado una causa falsa, cuando se demuestra que está basado en una verdadera y válida. Doctrina que sigue vigente, en sentencias como las de 19 de diciembre de 1999, 1 de abril de 2000, 2 de abril de 2001, 23 de octubre de 2002, entre otras. La causa falsa hace referencia en la fiducia *cum amico,* a la compraventa que le hace el fiduciante al fiduciario ya que no es real, sino que esconde un mandato o representación. Siendo estos últimos reales y existentes, el negocio será válido siempre y cuando cumpla, por supuesto, con todos los requisitos exigidos[14].

Con base en lo argumentado en esta sentencia (STS 8 de enero de 1996), se quiere constatar la validez del negocio fiduciario en su variable de fiducia *cum amico,* concluyendo que será válido el negocio en tanto en cuanto la *causa fiduciae*, sea lícita y válida. Entendiendo por *causa fiduciae* no el contrato que hace posible la transmisión de la propiedad, sino la causa por la que se hace aquel contrato traslativo de dominio.

Por último, debo añadir que según la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2004[15] respecto de la inexistencia de causa típica en los contratos que transmiten la propiedad fiduciaria y su consideración de simulado por la falta del requisito causal concluye: «se elimina la exigencia de cualquier elemento o contraprestación propio de la compraventa al derivarse de un reconocimiento del pacto o «fiducia *cum amico*».

La sentencia citada de 7 de mayo de 2007, que recopila los criterios jurisprudenciales de la validez de la fiducia *cum amico* se pronuncia sobre el siguiente supuesto de hecho:

El fiduciante entrega un dinero al fiduciario para que compre un inmueble y sea escriturado a nombre este último. En el presente caso, la relación entre

fiduciante y fiduciario es de madre e hijo, en el que la madre como arrendataria del inmueble tenía unas condiciones favorables para su adquisición. La madre-fiduciaria adquirió la vivienda siendo propietaria formal y ostentando el hijo la propiedad material del inmueble. Con posterioridad el inmueble fue transmitido por la madre a favor del hijo.

La sentencia calificó el negocio objeto de la *litis* de fiducia *cum amico* frente a la petición de los actores —coherederos del fiduciante-demandado— que instaban la nulidad de la venta del inmueble a favor del hijo coheredero, a pesar de reconocer que la primera compra la realizó la madre con el dinero del hijo. Con todo, el argumento partía de concebir que el negocio fiduciario realizado entre la madre y el hijo fue en fraude de ley porque se engañó al arrendador-vendedor y que la segunda venta (la retransmisión de fiduciante a fiduciario), carecía de causa y por tanto era nula.

La Sentencia concluye que la causa que se exprese para la retransmisión en la órbita del negocio fiduciario es irrelevante, ya que la celebración de ese contrato se realiza para completar el diseño negocial del pacto fiduciario.

De este supuesto de hecho se pueden extraer dos conclusiones muy importantes de la fiducia *cum amico:*

a) La primera conclusión responde a que en el supuesto de autos como en tantos otros, los tribunales han ido adaptando las situaciones generadas por el tráfico jurídico y se debe estar al supuesto concreto para valorar la existencia de negocio fiduciario. Todo ello partiendo de la buena fe *inter partes* y de la confianza que envuelve al negocio en su totalidad, tanto por los actos como por los vínculos que unen a las partes.
b) La segunda conclusión, hace referencia a que, en la fiducia *cum amico,* la apariencia de dueño frente a terceros siempre esconderá un interés que en muchos casos roza la ilegalidad. En el presente supuesto era para poder acceder a unos beneficios a los que el fiduciante no podía optar. Beneficios a consecuencia de ser la fiduciaria titular de un derecho arrendaticio, por lo que adquiría el inmueble en condiciones ventajosas. La pregunta es: ¿el propietario del inmueble y arrendador, le hubiera vendido de forma directa el inmueble al fiduciante —hijo de la titular de los derechos—, o no hubiese sido con las mismas condiciones ventajosas con las que este adquirió a través del negocio fiduciario?

Por tanto, es probable que siempre haya algún perjudicado a través de este enmascaramiento o interposición del titular verdadero, y únicamente podrá reclamar si llega a ser conocedor del pacto de fiducia, extremo que será difícil de desenmascarar ya que se crea frente a él. Los Tribunales partiendo de la base del principio dispositivo del procedimiento civil, tampoco pueden actuar salvo que el ilícito esté tipificado penalmente.

A este respecto y como ejemplo de lo arriba concluido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2010, enjuicia un supuesto hecho en el que quedó demostrada la existencia de un negocio por el cual, el demandante solicitaba la retransmisión de los bienes que había dado en fiducia.

El actor alegaba la existencia de un negocio fiduciario *cum amico*, y el demandado se opuso alegando inexistencia de causa *fiduciae* y en todo caso nulidad del negocio por haberse realizado en fraude de ley, ya que la transmisión se había realizado previa al concurso con la intención de salvaguardar el patrimonio de los acreedores concursales.

La Audiencia en este caso alega que la suspensión de pagos concluyó sin queja alguna de los titulares de los créditos, pues no hay prueba en contra de este extremo. Además los acreedores concursales, de considerarse estafados, dispondrían de las pertinentes acciones para recuperar las pérdidas si las hubiera y en todo caso los bienes deben volver al patrimonio del fiduciante para responder, en su caso de esas deudas[16].

Es completamente imposible que los acreedores de una quiebra pudieran conocer el negocio fiduciario, ya que no tiene publicidad registral; pero para la Audiencia Provincial eso no es ningún impedimento, justificando el negocio en el sentido antes expuesto.

Con todo, al volver al patrimonio del fiduciante el bien, está a disposición de los posibles acreedores del fiduciante, que es lo único que pueden hacer los Tribunales en cada supuesto, ya que partiendo del principio dispositivo en los procedimientos civiles, cualquier otra actuación excedería de las funciones jurisdiccionales del Tribunal.

Por último también se dan negocios fiduciarios para evitar un daño o ante una amenaza. En estos, el verdadero propietario realiza un negocio fiduciario con la finalidad de que frente a terceros aparezca como verdadero propietario una tercera persona, que no es amenazada, o a la que no se le puede causar un daño directo. Esto es lo que acontece en el supuesto de hecho que recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009. En este caso, la actora reclama la devolución del dinero —procedente de la venta de un cuadro— que afirma haber prestado a la sociedad unipersonal del padre de la actora. La decisión se funda en que el cuadro en realidad no era propiedad de la hija, sino del padre. Y el motivo de que el cuadro se pusiera a nombre de la hija para que esta formalizara la venta se debió a que el padre —propietario y coleccionista de obras de arte— estaba siendo extorsionado por una banda terrorista, por lo que se vio obligado a dispersar su patrimonio entre sus hijos. La entrega del dinero obtenido de la venta del cuadro, de la hija a la sociedad del padre, no fue por tanto ningún préstamo, sino solamente la reintegración en el patrimonio del padre del dinero que le pertenecía[17].

III. DETERMINACIÓN Y DISTINCIÓN DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS ANTE LAS CRISIS MATRIMONIALES

1. Distinción entre negocio fiduciario *cum amico* y donaciones

Con todo, en los negocios realizados entre padres e hijos, podemos preguntarnos si estamos ante donaciones encubiertas para el caso de transmisiones que se realizan a través de una compra venta, —donde no existe entrega de dinero—o ante negocios fiduciarios *cum amico*.

Para determinar si estamos ante un negocio fiduciario *cum amico*, se deberá acreditar:

— La *causa fiduciae*.
— Que el fiduciario ejerza gestión o administración —a favor del fiduciante— sobre el bien transmitido en fiducia.

El fiduciante, en la fiducia *cum amico*, presenta al fiduciario como verdadero propietario frente a terceros.

La transmisión dominical, para el caso de bienes inmuebles, debe ser realizada a través de cualquier negocio jurídico válido para transmitir la propiedad como puede ser compraventa, donación, etc.

Debe prestarse especial atención al momento en que la cosa debe ser restituida por el fiduciario al fiduciante. Si el fiduciario se niega, como el negocio no estará documentado, ya que es un negocio basado en la confianza existente entre las partes, puede suceder lo siguiente:

— Para el caso de que se trate de una compraventa: para ser desvirtuada se estará a la prueba de entrega efectiva de dinero, con base en el soporte documental bancario o de otra índole que acredite la salida del capital del patrimonio del fiduciario al del fiduciante.
— Si es una donación: habrá que valorar la existencia del *animus donandi*. Así pues, y como hemos venido explicando a lo largo del presente estudio, existe una discrecionalidad de los tribunales con la finalidad de «hacer justicia», tildando de negocios fiduciarios muchos pactos y/o contratos y justificando nulidades de donaciones, a pesar de la doctrina de los actos propios. Doctrina que establece que, los actos propios, para ser tenidos como expresión del consentimiento, han de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica del autor de los mismos como concluye la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1984.

En otras ocasiones, los tribunales entienden que la donación es completamente válida, porque ha existido un *animus donandi* por parte del fiduciario.

En el sentido arriba expresado voy a explicar dos sentencias del Tribunal Supremos: de 10 de febrero de 2003 y otra 13 de febrero de 2003.

La primera sentencia trata de un supuesto de hecho en que la demandante, casada en régimen de gananciales y constante el matrimonio, había aportado a una sociedad una cantidad de dinero procedente de la herencia de su padre. Producida la separación de los cónyuges y la liquidación de su sociedad de gananciales, el esposo se adjudica la totalidad de participaciones de la mercantil, mientras que la esposa se adjudica otros bienes. En Primera Instancia y Apelación se desestimó la pretensión de la actora, que iba encaminada a recuperar las participaciones sociales en su totalidad, por considerar que la actora no puso en su momento oposición en la distribución de las acciones cuando se constituyó la sociedad y, por tanto, fueron reputadas gananciales cuando se practicó la liquidación de su régimen matrimonial, así como que «no puede la primera pretender la nulidad de lo que sería el negocio simulado, es decir una auténtica donación al actor, por carecer de legitimación para ello, aunque en el presente caso es claro que la donación no constituye un negocio simulado, sino real, que acompaña al anterior, teniendo en cuenta los vínculos existentes entre los contratantes, y la apreciada finalidad en la actora de beneficiar a su esposo, negocio que se produce a propósito de la constitución de la sociedad precitada. No puede la demandante ahora, pretender ir contra sus propios actos».

El Tribunal Supremo considera que no cabe la invocación de los actos propios para convalidar la nulidad absoluta. Además de que, por el simple hecho de poner las acciones a nombre del demandado, no puede entenderse que existe donación, ya que no ha existido «*animus donandi*», sino intención fiduciaria. Puesto que la esposa pretendió constituir al esposo en fiduciario de dichas participaciones sociales a través de una fiducia *cum amico*, esto produce las siguientes consecuencias:

a) La nulidad absoluta de las adjudicaciones de las participaciones sociales.
b) Nulidad de los pactos relativos a la liquidación de la sociedad de gananciales.
c) Nulidad de los pactos y contratos concertados por efecto de la misma, incluida una ampliación de capital de la sociedad que afecta a un tercer socio.

El supuesto de hecho arriba explicado es típico, la interpretación se hace caso por caso, y en función de la prueba desplegada en el plenario se determina si la causa del negocio es fiduciaria u obedece a otras finalidades. En ocasiones, de la lectura de la resolución, parece que se adapten los supuestos al negocio fiduciario.

La segunda sentencia —STS de 13 de febrero de 2003—, concluye de forma contraria, y no aprecia la existencia de un negocio fiduciario, en concreto de la fiducia *cum amico*. El supuesto de hecho que la motiva es el siguiente: el actor reclama la propiedad de un inmueble que compró en documento privado, y que, en un momento dado, renuncia formal y expresamente a su propiedad a favor de su compañera sentimental, y autorizó de forma expresa a los vendedores para que se escriturase la venta a favor de esta. Tras la muerte de la compradora, el inmueble es disfrutado por los causahabientes de la compradora que son demandados en este proceso.

Ante este supuesto de hecho, la sentencia del Tribunal Supremo afirma que el negocio jurídico no puede calificarse como una fiducia *cum amico,* ya que debe existir un compromiso de devolver la propiedad al fiduciante, cuestión que no ha quedado acreditada en el procedimiento. Concluye la sentencia afirmando que la «verdad irrebatible del *animus donandi*», con base en la relación sentimental que mantenía el actor con la compradora durante un periodo tan dilatado de tiempo, es la motivación en forma de compensación o gratitud, que lleva a permitir que se escriture y se registre dicha venta con ella como compradora (manifiesta la Sala que existe un refuerzo en la voluntad). En definitiva, entendía el Tribunal que existe una simulación relativa en la que el negocio disimulado es una donación.

Después del análisis de los supuestos de hecho en dos sentencias del mismo mes y del mismo año del Tribunal Supremo, nos encontramos con dos resoluciones completamente contradictorias entre sí.

En la primera sentencia se aprecia la existencia de un negocio de fiducia *cum amico*, el supuesto enjuiciado versaba sobre la compra de la esposa con dinero privativo de unas participaciones de una sociedad mercantil a favor de su esposo. Con posterioridad, y ante la separación legal se firma el convenio regulador del divorcio y se liquida la sociedad de gananciales. La sentencia considera que no existe «*animus donandi*» en el negocio llevado a cabo por las partes, sino que el mismo es constitutivo de fiducia *cum amico*.

En la Segunda sentencia y ante una relación sentimental, análoga a la marital, el hecho de que para que se inscriba el inmueble a nombre de la pareja deba en primer lugar renunciar a un contrato privado a favor de esta, y en segundo lugar permitir la escritura pública a su favor, es más que suficiente para entender el *animus donandi*. El Tribunal Supremo considera que no existe negocio fiduciario en este caso, ya que no existía pacto de retransmisión de la propiedad.

Los negocios fiduciarios son casuísticos y se debe estar al supuesto concreto para valorar cuál fue la voluntad de las partes, pero se debe estar al cumplimiento de los requisitos caracterizados del negocio para su determinación.

En mi opinión, en ambos supuestos existe *animus donandi* en el momento de realizar el negocio jurídico y no un negocio fiduciario. Ya que en ambos casos si la relación afectiva no hubiese finalizado —en un caso por crisis matrimonial y en otro por fallecimiento— nunca se hubiese reclamado la propiedad.

Uno de los elementos característicos de los negocios fiduciarios consiste en el compromiso de devolución del bien al fiduciante una vez cumplido lo pactado, así como que el fin debe ser de administración o representación.

En los supuestos descritos: ¿cuál sería la finalidad perseguida? Y ¿cuándo se tendría que devolver el bien? Si no existe respuesta a estas cuestiones, es obvio que no nos encontramos ante negocios fiduciarios, sino ante donaciones puras y simples, que ni siquiera pueden ser tildadas de condicionales, ya que en el momento de realizarlas se hacen sin objeción ni reserva alguna. Con todo, se debe estar al supuesto concreto y valorar toda la prueba, incluso la indiciaria. Debe valorarse también que ante la pérdida de la confianza carece de sentido continuar con el negocio fiduciario. De este modo, ante las crisis familiares, la pérdida de confianza operará como causa de resolución o extinción del negocio, pues aunque no esté pactado, está implícita en el propio negocio. Con la obligación de retransmisión del bien dado en fiducia.

2. Diferencia de los negocios fiduciarios y los negocios de confianza

Los negocios fiduciarios llevan implícita como se ha expuesto la característica de la confianza, si bien que sean negocios en los que la confianza sea uno de los elementos más importantes no significa que sean negocios de confianza, ya que la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de diferenciarlos.

CÁMARA LAPUENTE considera que no existe similitud con los negocios de confianza; es decir, aquellos concluidos en interés ajeno, previstos y regulados por la ley (CÁMARA LAPUENTE, 1999, 1769).

En los negocios de confianza se valoran las cualidades personales de las partes, y con base en estas se negocian los contratos; son negocios *intuitu personae*. Como ejemplos enunciativos, pero no taxativos, se califican como negocios de confianza: el mandato, la comisión, el depósito, etc. En este sentido, no existen las notas de desproporción, atipicidad y confianza como en los negocios fiduciarios. Los negocios de confianza, sin embargo, sí que están tipificados en la norma: el contrato de depósito, mandato o comisión.

La confianza requerida —en los negocios de confianza— está regulada legalmente y, por tanto, ningún riesgo asume el que contrata respecto del abuso de la confianza que se pueda dar por el que presta el servicio. En los negocios fiduciarios sucede lo contrario, pues la confianza que el fiduciante deposita en el fiduciario es máxima.

Con todo, las notas características de los negocios fiduciarios —utilización de un medio indirecto; desproporción y riesgo de abuso— requieren para su constitución de confianza, siendo por tanto la confianza la nota característica y esencial del negocio fiduciario; pero debe ser distinguido este requisito de la identidad o confusión con los negocios de confianza, que estudio en este apartado.

La jurisprudencia distingue los negocios fiduciarios de los negocios de confianza. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2005, en su Fundamento de Derecho tercero[18], diferencia los negocios de fiducia —negocios de confianza— de los negocios fiduciarios. Concluyendo que en los negocios

de confianza la voluntad de las partes no es suficiente para producir el efecto traslativo del dominio, puesto que no existe causa real para ello, al contrario que en los negocios fiduciarios en los que sí que existe una causa válida —*causa fiduciae*— generadora de la transmisión de la propiedad.

IV. LA CONFIANZA ANTE LA CRISIS MATRIMONIAL Y LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

La jurisprudencia se ha encargado de diferenciarlos de los negocios de confianza. Debiendo hacer constar que los negocios fiduciarios se dan en todo su esplendor en el derecho de familia; las relaciones familiares son el caldo de cultivo adecuado y más válido para desarrollar este tipo negocial basado en la confianza. Pero no todos los negocios realizados en la órbita de las relaciones familiares son negocios fiduciarios, pues deben cumplir los requisitos establecidos por la jurisprudencia para poderse calificar como tales. Ya que por razón del matrimonio existen negocios jurídicos que no son negocios fiduciarios: donaciones, compraventas por precios simbólicos, y demás de carácter definitivo a los esposos o entre los mismos, pero que ante la crisis familiar y por esta misma razón se intenta por todos los medios que solamente beneficie a uno de ellos, intentando calificarlos —el benefactor— de forma interesada como negocios fiduciarios, con la finalidad de que vuelva el bien o el derecho transmitido al patrimonio troncal familiar.

Por otro lado, cuando surge una crisis matrimonial —con la correspondiente pérdida de confianza— se intenta recuperar el bien o derecho dado en fiducia; si bien deberá demostrase la existencia previa del negocio fiduciario, así como lo estipulado a través del *pactum fiduciae*.

Existe un catálogo amplísimo de sentencias en materia de familia, que resuelven situaciones generadas ante las crisis familiares y confusiones de patrimonios por las comunidades proindivisos, gananciales y postgananciales creados constante el matrimonio. Además, y con la intención de deshacer negocios gratuitos —realizados por motivo de matrimonio—, el favorecedor de la transmisión intenta calificar como negocios fiduciarios aquellos que en realidad son donaciones —fruto de la liberalidad del donante— o compraventas (por precio simbólico). Otras veces el fiduciario trata de negar el negocio fiduciario para apropiarse del bien —que fue transmitido de forma fiduciaria, con base en la confianza existente, constante el matrimonio— tras la ruptura matrimonial.

Con todo, paso a exponer supuestos de hecho judiciales —en materia de familia— con situaciones en los que los negocios fiduciarios son el centro el objeto de debate.

Cabe plantearse, si partimos de que en los negocios fiduciarios existe una transmisión de la propiedad puramente formal —del fiduciante al fiduciario— con obligación de retransmitir: ¿cómo opera esta en los negocios fiduciarios entre los cónyuges?, ¿se debe entender que se extingue el negocio fiduciario por la sobrevenida pérdida de confianza ante la crisis matrimonial? ó ¿cabría fijar una cláusula revocatoria que opere *ipso facto* ante la crisis matrimonial?

Las respuestas a estas cuestiones dependen en exclusiva del supuesto de hecho concreto. Como se ha dicho a lo largo del trabajo es una institución muy casuística y se debe valorar supuesto a supuesto. En general, existe multitud de problemas a la hora de determinar la existencia y el alcance de los negocios

fiduciarios en materia de familia, ya que la confianza depositada entre cónyuges hace que el pacto fiduciario no se instrumente por escrito. Sin embargo, ante la crisis matrimonial los procedimientos son más viscerales, ya que existe una elevada carga emocional con las consecuencias que ello conlleva, como a continuación se expone con ejemplos concretos y que, lejos de ser excepcionales, son supuestos habituales en los tribunales españoles.

En mi opinión considero que sí que existe una cláusula resolutoria del negocio fiduciario *cum amico* ante la crisis matrimonial, siempre que esta suponga la pérdida de la confianza en el fiduciario, ya que carece de sentido continuar manteniendo un negocio basado en la confianza ante una ruptura familiar de esta índole. La resolución podrá operar, a pesar de no estar pactado de forma expresa, ya que, considero que es consustancial al propio negocio.

1. Comentarios a resoluciones judiciales

A) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2006

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2006[19] recoge el supuesto en el que un padre que hace una donación a su hija y a su yerno para la compra de la vivienda habitual, pero ante la crisis matrimonial intenta que se califique como un negocio fiduciario. Este es un supuesto típico de pura liberalidad, se hace la donación por parte del padre de la esposa al matrimonio sin pacto revocatorio alguno; quizá con la convicción de la indisolubilidad del matrimonio. El problema surge ante la crisis matrimonial y la posibilidad de que alguien ajeno a la familia se beneficie. Esta reacción es absolutamente normal —piénsese en las reservas troncales habidas en el derecho de sucesiones o en las cláusulas revocatorias de las donaciones, o en las donaciones condicionales—, pero carente de fundamentación frente a las donaciones puras.

En el supuesto de hecho, el actor —padre de los demandados— interpone acción de nulidad de compraventa contra su yerno y su hija —separados legalmente— y contra la entidad promotora que les vendió la vivienda familiar. La nulidad de la compraventa se sustentaba en que el contrato privado había sido suscrito con el actor, este había pagado el precio, pero la escritura pública se otorga a favor de los cónyuges.

Ante la crisis matrimonial — y una vez separados legalmente los cónyuges—, se solicita la nulidad de la compraventa, el juzgado desestima la acción, y el actor recurre en apelación. La Audiencia Provincial estima la demanda, entendiendo que es un negocio fiduciario ya que existen dos contratos: uno privado que firma el padre y otro público que es firmado por los cónyuges. La Audiencia provincial no explica los motivos de calificar el negocio jurídico como fiduciario, tampoco lo califica como *cum amico* o *cum creditore*, ni se ha demostrado el pacto de fiducia y cuándo se tenía que realizar la retransmisión. Frente a esta resolución se alzó el «yerno» e interpuso recurso de casación.

El Tribunal Supremo estima el recurso entendiendo que existe una donación de dinero del padre a los «hijos»— al matrimonio—, como es de cosa mueble «dinero» no necesita la formalidad requerida para los inmuebles (la donación y la aceptación deben ser formalizadas en escritura pública) y que además no existe negocio fiduciario por falta de causa ni la existencia de pacto fiduciario.

B) Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012[20]. Este supuesto de hecho versa sobre la acción de declaración de dominio sobre un bien que le había sido transmitido de forma fiduciaria, en este caso la actora es la expareja del demandado. La base con la que se pretendía sustentar la acción, consistía en que se considerase que el negocio fiduciario había sido fraudulento ya que la finalidad fue salvaguardar el patrimonio del demandado-fiduciario de su primera exmujer. Con este sustento legal, pretendía la actora apropiarse del bien que había sido adquirido por ella misma de forma fiduciaria. El demandado se opuso a la demanda y formuló reconvención, ejerciendo acción declarativa de dominio.

El demandado alega la existencia de negocio fiduciario, ya que el inmueble fue adquirido, en realidad, con dinero de ambos y se puso a nombre de la actora porque este tenía problemas económicos de una relación matrimonial anterior. La actora insiste que se realizó de forma fraudulenta y para perjudicar a la exmujer de su pareja. Por tanto, con finalidad ilícita que conlleva la nulidad.

El Tribunal Supremo concluye que no se puede mal interpretar la jurisprudencia —a favor de quien consiente un negocio fiduciario y pretende defraudar la confianza depositada en ella—, y considera que el negocio fiduciario es válido por lo que se le reconoce a él la mitad de la propiedad.

La resolución del Tribunal Supremo es acertada, —desde mi punto de vista—, ya que devolviendo el bien fiduciario al patrimonio del fiduciante se da cumplimiento al pacto *fiduciae*, por un lado, y por otro, si el bien está en el patrimonio del fiduciante podrá responder de las posibles deudas de este. En caso de haber estimado la pretensión contraria, se habría producido un enriquecimiento injusto, y eludido posibles responsabilidades de terceros acreedores del fiduciante.

Con todo, se puede concluir que, a pesar de que la finalidad del negocio fiduciario fuese eludir la responsabilidad patrimonial frente a terceros acreedores, el resultado no debe ser la nulidad del negocio, sino la retransmisión en los términos acordados, con la finalidad de que no se perjudique a los terceros ajenos al negocio en beneficio de una de las partes, que colaboró en el mismo.

C) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 2010

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 2010[21], recoge un supuesto en que la actora ——exesposa del demandado— interpone acción declarativa de dominio sobre un inmueble adquirido por el demandado constante el matrimonio en régimen legal de separación de bienes.

La sentencia de primera instancia estimó la pretensión de la esposa —actora— por la que declaraba el dominio de esta respecto de la mitad indivisa de la finca objeto de litigio.

Frente a la resolución de instancia, la Audiencia Provincial resuelve a favor del esposo-apelante al considerar que no se había acreditado la existencia de un negocio fiduciario y que no se acreditó que el esposo obtuviera mejores condiciones de financiación por escriturar el inmueble a su nombre en exclusiva; y teniendo en cuenta que ambos estaban casados en separación de bienes, que ambos trabajaban en banca y que constantemente el matrimonio realizaba compras de inmuebles de forma privativa y en proindiviso, según les beneficiara, no

se podía concluir la existencia de negocio fiduciario por falta de prueba, tanto de la *causa fiduciae* como del pacto de fiducia.

D) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011[22], resuelve un supuesto —dentro de la órbita de la crisis matrimonial también— que trae causa de un negocio fiduciario en su modalidad de fiducia *cum creditore*. La actora —primera exesposa— entabla acción en reclamación de cantidad contra la comunidad post ganancial formada por la segunda esposa de su exmarido —ahora viuda— y los hijos de la actora y su exmarido. La finalidad de la acción es que el bien (en este caso participaciones sociales) que fue transmitido en forma fiduciaria *cum creditore*, vuelva al patrimonio privativo del exesposo —por haberse cumplido el pacto fiduciario (devolución del crédito)— y no a la comunidad postganancial del segundo matrimonio de este, que en todo caso no era el fiduciante.

La actora reclama cantidad contra la comunidad post ganancial formada por la segunda esposa de su exmarido —ahora viuda— y los hijos de la demandante y su exmarido. El importe reclamado era la cantidad de 1.137.020 euros. La cuestión litigiosa consistía en que constante el primer matrimonio en régimen de gananciales —y con anterioridad a la liquidación de este—, se adquirieron unas participaciones sociales del Casino de juego Gran Madrid.

Las participaciones fueron transmitidas como garantía de devolución de un préstamo al cuñado del exesposo de la actora, comprometiéndose a retransmitirlas una vez devuelto el préstamo. Todo ello, habida cuenta que las participaciones fueron adquiridas constante el primer matrimonio, sin haber formado parte de la liquidación de gananciales de este. El exesposo contrajo nuevo matrimonio y con posterioridad falleció. Considera la actora —primera esposa— que devueltas las participaciones sociales por el fiduciario y fallecido el exesposo, las participaciones han pasado a formar parte de la comunidad postganancial del segundo matrimonio. Y esta comunidad ganancial, fallecido el esposo, la componen la segunda esposa y los hijos del primer matrimonio.

La reclamación hecha por la actora, es la indemnización por el valor de las participaciones y el valor de los frutos de las mismas, ya que la titularidad realmente es de la sociedad de gananciales del primer matrimonio.

La parte demandada se opuso a la reclamación con base en que la compraventa hecha constante el matrimonio fue válida en sí misma y no era fiduciaria, y que la segunda venta —retransmisión fiduciaria— era una compraventa que no podía calificarse de fiduciaria. Por tanto, siendo independientes los negocios, no se incorporarían o no existiría ningún derecho de crédito a favor de la primera esposa[23].

La prueba practicada en el procedimiento demostró la existencia de un acta de manifestaciones ante notario, en el que se explicaba que en las primeras compraventas no hubo pago de dinero y que respondían a la transmisión en concepto de garantía y la segunda retransmisión al cumplimiento del pago de la cuantía adeudada.

El Tribunal calificó el negocio realizado de fiducia *cum creditore* y acordó el pago de las participaciones a favor de actora, no así de los intereses, que se entendió que eran del fiduciario.

Por último, el tribunal consideró —respecto a la alegación de prescripción adquisitiva— que siendo un negocio fiduciario no concurre en el fiduciario el carácter de adquisición del bien en concepto de dueño[24].

E) Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de diciembre de 2007

La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de diciembre de 2007[25] considera los negocios fiduciarios, como negocios que ocultan la verdadera situación a terceros ajenos al negocio, también son generadores de problemas, ante las liquidaciones económico matrimoniales, puesto mientras esté vigente el pacto fiduciario, este debe obviarse ya que esa es su propia naturaleza: permanecer ocultos frente a terceros hasta que se cumpla lo pactado. Una vez cumplida la causa fiduciaria, el cónyuge perjudicado podrá reclamar lo que a su derecho convenga. Este es el supuesto que a continuación describo:

En primer lugar, se alegaba por el recurrente la excepción de cosa juzgada, habida cuenta de la existencia de una sentencia que aprobó el convenio regulador de su divorcio. Si bien es cierto este extremo, —así como que en el convenio se manifestó que no existían bienes que conformaran la sociedad de gananciales—, no es menos cierto que en el propio convenio se viene a ratificar la realidad de tal acuerdo fiduciario. Ya que se ratifica la apariencia formal de la titularidad de los bienes, que no la real, lo que constituye la esencia de la «fiducia *cum creditore*», a la que seguían ligadas las partes. Admitir lo contrario en el momento en que se suscribió tal acuerdo, podría incluso haber determinado la existencia de un pacto comisorio prohibido por nuestro ordenamiento jurídico.

Con todo, la problemática generada por los negocios fiduciarios ante la crisis familiar dentro de la órbita de la disolución de los regímenes económico matrimoniales sea a través de sentencia judicial firme o acuerdo homologado judicialmente, crea la expectativa del cónyuge fiduciario de oponerse a la reclamación por parte del cónyuge fiduciante, por ser opuesta a la prohibición de ir contra de los actos propios o de cosa juzgada.

En ambos supuestos —sentencia o acuerdo extrajudicial—, debe concluirse que los negocios fiduciarios, —como negocios basados en la confianza y en los que se pretende esconder a terceros la situación dominical verdadera—, deben mantenerse ocultos hasta que se cumpla el pacto fiduciario. En consecuencia, si no se ha cumplido el pacto de fiducia al tiempo de los pactos liquidatorios o de la sentencia en cuestión, no pueden incluirse por la propia naturaleza del negocio fiduciario, como confirma la práctica judicial.

F) Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de octubre de 2012.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de octubre de 2012[26], analiza un supuesto de hecho relativo a la confianza absoluta que se tiene entre los cónyuges con anterioridad y durante el matrimonio, y cómo esa confianza desaparece ante la crisis matrimonial convirtiéndose, en ocasiones, en deslealtad.

En el supuesto de hecho que recoge esta sentencia se declara la titularidad de los bienes en proindiviso de ambos litigantes y en su día cónyuges, frente al argumento de la exesposa que consideraba que los bienes eran de su propiedad absoluta y no fiduciaria, ya que la transmisión se realizó en fraude de Ley, no aceptando el tribunal dicha interpretación interesada en beneficio propio.

Queda patente que el negocio fiduciario —complejo y problemático por naturaleza— ante las crisis matrimoniales llega a su cota de conflictividad máxima, ya que la confianza dada entre cónyuges o familiares por razón del matrimonio o de la vigencia de este, se convierte en recelo y malicia, generando una litigiosidad abundante con los supuestos más insospechados de reclamación y de oposición.

Por tanto, los negocios fiduciarios, no admitidos por gran parte de la doctrina, han de ser enjuiciados por los tribunales, y buscar soluciones y criterios unificados para los problemas que el tráfico jurídico genera y que no puede obviarse como si no existieran.

Del análisis de la sentencia estudiada, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

— Los negocios fiduciarios requieren de confianza y esta se da en la órbita de las relaciones familiares, ya que la confianza es inherente a estas relaciones.
— En los negocios fiduciarios concertados entre familiares, como consecuencia de la confianza existente, no se instrumenta, en la mayoría de las ocasiones, a través de documento privado.
— Los cambios en las relaciones familiares, como consecuencia de las rupturas matrimoniales, generan una alta litigiosidad por los conflictos de lealtades que surgen.
— Los negocios fiduciarios producen efectos a largo plazo, en función de lo pactado, pero las variaciones producidas por las crisis matrimoniales conllevan que donde existía una confianza plena y absoluta, tras una ruptura familiar, pase a existir una rivalidad.
— Se deberá estar al supuesto de hecho concreto para valorar la existencia y el alcance de los negocios fiduciarios.

Con todo, se puede extraer una conclusión importante en relación a la confianza en los negocios fiduciarios, como consecuencia del estudio en materia de crisis familiar. Considero que la pérdida de confianza es una causa de extinción o resolución del negocio fiduciario. Esta consecuencia aunque no forme parte del pacto fiduciario está implícita en el mismo. Carece de sentido que perdida la confianza entre las partes se mantenga la vigencia del pacto fiduciario, por lo que se deberá retransmitir la propiedad al fiduciante en los supuestos de *fiducia cum amico*.

V. LA CRISIS MATRIMONIAL COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS

La causa de extinción de los negocios fiduciarios es diferente, según la modalidad de negocio de que se trate.

La causa de extinción para la fiducia *cum creditore* es el cumplimiento de la obligación o, en todo caso, la condonación de la deuda, con la consiguiente retransmisión del bien dado en garantía.

Sin embargo las causas de extinción de la fiducia *cum amico* —atendiendo a la especial importancia que tiene la persona del fiduciante— pueden ser la revocación, la renuncia, la muerte, la incapacitación, la declaración de prodigalidad, la quiebra o la insolvencia de cualquiera de las partes y por supuesto el cumplimiento del pacto fiduciario.

Por último en relación a los negocios fiduciarios *cum amico* únicamente, considero, con base en todas las resoluciones expuestas, que se extinguirán también por la pérdida de la confianza depositada en la persona del fiduciante. Esta causa sobre todo opera en los supuestos de quiebra de la confianza ante la crisis matrimonial. De forma que producido el divorcio, separación o nulidad entre los

cónyuges, operará de forma directa y presunta la extinción del negocio fiduciario que se haya celebrado entre los cónyuges.

VI. CONCLUSIONES

I. La doctrina científica niega la eficacia del negocio fiduciario por considerarlo un negocio simulado relativamente, sin embargo la jurisprudencia le da carta de naturaleza y eficacia plena.

II. La jurisprudencia define la fiducia *cum amico* como aquel negocio jurídico por el cual uno de los contratantes, llamado fiduciante realiza un negocio traslativo de la propiedad —generalmente a través de compra venta— a favor de otro —llamado fiduciario—, para que lo utilice con una finalidad determinada (representación o administración), debiendo devolver el bien al fiduciante o tercero designado cuando se cumpla la finalidad. La titularidad del bien que ostenta el fiduciario es formal, en el sentido de aparente.

III. El negocio fiduciario se da en su estado puro en la modalidad *cum amico*, ya que es en este tipo negocial donde el fiduciante a través de un pacto de confianza, que generalmente no está instrumentado documentalmente, transmite la propiedad con una finalidad de representación o administración.

IV. El negocio fiduciario en su variable de fiducia *cum amico,* es válido en tanto en cuanto la *causa fiduciae*, sea lícita y válida. Entendiendo por *causa fiduciae* no el contrato que hace posible la transmisión de la propiedad, sino la causa por la que se hace aquel contrato traslativo de dominio.

V. La fiducia *cum amico* se da en su máximo esplendor en la órbita de las relaciones familiares y en concreto, con un alto nivel de conflictividad, en las relaciones matrimoniales entre cónyuges y familiares de estos.

VI. Se debe estar al supuesto concreto para valorar la existencia de negocio fiduciario. Para determinar si estamos ante un negocio fiduciario *cum amico*, se deberá acreditar:

- La *causa fiduciae.*
- Que el fiduciario ejerza gestión o administración —a favor del fiduciante— sobre el bien transmitido en fiducia.
- El fiduciante, en la fiducia *cum amico*, presenta al fiduciario como verdadero propietario frente a terceros.
- La transmisión dominical, para el caso de bienes inmuebles, debe ser realizada a través de cualquier negocio jurídico válido para transmitir la propiedad como puede ser compraventa, donación, etc.
- Debe prestarse especial atención al momento en que la cosa debe ser restituida por el fiduciario al fiduciante. Si el fiduciario se niega, como el negocio no estará documentado, ya que es un negocio basado en la confianza existente entre las partes, puede suceder lo siguiente:
  - Para el caso de que se trate de una compraventa: para ser desvirtuada se estará a la prueba de entrega efectiva de dinero, con base en el soporte documental bancario o de otra índole que acredite la salida del capital del patrimonio del fiduciario al del fiduciante.
  - Si es una donación: habrá que valorar la existencia del *animus donandi*
  - Se diferencia de los negocios de confianza la voluntad de las partes no es suficiente para producir el efecto traslativo del dominio, puesto

que no existe causa real para ello, al contrario que en los negocios fiduciarios en los que sí que existe una causa válida —*causa fiduciae*— generadora de la transmisión de la propiedad.

VII. Con todo, y una vez superado por la jurisprudencia que el negocio fiduciario es un negocio lícito, válido y eficaz habrá que estar al supuesto concreto para determinar la existencia y el alcance de esta figura negocial.

VII. BIBLIOGRAFÍA

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

CÁMARA LAPUENTE, (1999), Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho Español, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 654, septiembre-octubre, 1809 y sigs.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, (1973), Problemas que suscita la venta en garantía en relación con los procedimientos de ejecución del deudor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, 50 y sigs.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985, reimpresión 1997), *El negocio jurídico,* Madrid: Civitas.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1987), Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios, *Dictámenes jurídicos,* 1ª ed, Madrid: Civitas (29 y sigs.).

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, (1988), *Sistema de Derecho civil II*, 5ª edición, Madrid: Tecnos.

DURÁN RIVACOBA, (1998), *La propiedad en garantía; prohibición del pacto comisorio*, Pamplona: Aranzadi.

GALGANO, (1992), *El negocio jurídico*, Valencia: Tirant lo Blanch.

JORDANO BAREA, (1959), *El negocio fiduciario,* Barcelona: Bosch.

MARTÍN LEÓN, (2012), *Negocios fiduciarios, simulación y transmisión de la propiedad*, 1ª ed., Pamplona: Aranzadi.

PANTALEÓN PRIETO, (1955) «Negocio fiduciario», en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid: Civitas (4407 y sigs.).

ZANNONI, (1986), *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos,* Buenos Aires: Astrea.

VIII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 26 de mayo de 1950
- STS de 3 de junio de 1953
- STS de 6 de abril de 1962
- STS de 4 de julio de 1962
- STS de 19 de diciembre de 1963
- STS de 22 de mayo de 1964
- STS de 22 de noviembre de 1965
- STS de 26 de noviembre de 1970
- STS de 28 de diciembre de 1973
- STS de 4 de diciembre de 1976
- STS de 9 de octubre de 1981
- STS de 2 de junio de 1982
- STS de 25 de enero de 1983

- STS de 16 de mayo de 1983
- STS de 16 de junio de 1984
- STS de 24 de junio de 1984
- STS de 5 de octubre de 1987
- STS de 12 de febrero de 1988
- STS de 15 de febrero de 1988
- STS de 16 de febrero de 1988
- STS de 25 de febrero de 1988
- STS de 8 de marzo de 1988
- STS de 10 de octubre de 1988
- STS de 22 de diciembre de 1988
- STS de 10 de mayo de 1989
- STS de 15 de junio de 1989
- STS de 14 de octubre de 1989
- STS de 18 de enero de 1990
- STS de 7 de marzo de 1990
- STS de 5 de marzo de 1991
- STS de 30 de abril de 1992
- STS de 4 de junio de 1992
- STS de 30 de diciembre de 1992
- STS de 12 de abril de 1993
- STS de 13 de abril de 1993
- STS de 20 de mayo de 1993
- STS de 5 de julio de 1993
- STS de 15 de octubre de 1993
- STS de 4 de febrero de 1994
- STS de 13 de abril de 1994
- STS de 14 de julio de 1994
- STS de 22 de febrero de 1995
- STS de 13 de marzo de 1995
- STS de 22 de junio de 1995
- STS de 8 de febrero de 1996
- STS de 5 de julio de 1996
- STS de 2 de diciembre de 1996
- STS de 22 de enero de 1997
- STS de 24 de marzo de 1997
- STS de 19 de junio de 1997
- STS de 4 de julio de 1998
- STS de 15 de junio de 1999
- STS de 18 de enero de 2000
- STS de 28 de enero de 2000
- STS de 15 de marzo de 2000
- STS de 4 de julio de 2000
- STS de 5 de marzo de 2001
- STS de 26 de abril de 2001
- STS de 7 de mayo de 2001
- STS de 21 de mayo de 2001
- STS de 16 de julio de 2001
- STS de 17 de julio de 2001
- STS de 15 de marzo de 2002
- STS de 17 de septiembre de 2002

- STS de 28 de noviembre de 2002
- STS de 10 de febrero de 2003
- STS de 13 de febrero de 2003
- STS de 27 febrero de 2003
- STS de 18 de septiembre 2003
- STS de 28 de octubre de 2003
- STS de 31 de octubre de 2003
- STS de 30 de marzo de 2004
- STS de 11 febrero de 2005
- STS de 5 de diciembre de 2005
- STS de 9 de marzo de 2006
- STS de 23 de junio de 2006
- STS de 27 de julio de 2006
- STS de 18 de septiembre de 2006
- STS de 27 de febrero de 2007
- STS de 7 de mayo de 2007
- STS de 13 de julio de 2009
- STS de 25 de marzo de 2011
- STS de 28 de marzo de 2012
- STS de 31 de octubre de 2012

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Madrid de 17 de diciembre de 2004
- SAP de Alicante de 13 de diciembre de 2007
- SAP de Cádiz de 10 de febrero de 2009
- SAP de Burgos de 21 junio de 2010
- SAP de Barcelona de 7 de octubre de 2010
- SAP de Barcelona de 26 de octubre de 2010
- SAP de Madrid de 31 de marzo de 2011
- SAP de Baleares de 11 de octubre de 2012

NOTAS

[1] DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS conciben el negocio fiduciario como un negocio simulado, puesto que la voluntad y finalidad no es de transmitir ni adquirir la propiedad y en este sentido concluye: «Las partes no quieren transmitir ni adquirir, sino conseguir fines distintos. Para ello se inviste a una parte de la titularidad del bien porque la otra confía en que hará uso de ella de acuerdo con lo pactado».

[2] PANTALEÓN PRIETO define el negocio fiduciario textualmente: «Los negocios fiduciarios se caracterizan por una incongruencia o desproporción entre el efecto jurídico querido por las partes durante la vigencia de la relación fiduciaria y la finalidad económica o práctica que las partes persiguen con dicha relación: se quiere la transmisión de la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho del fiduciante al fiduciario, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación (fiducia *cum creditore*), o de que la cosa sea administrada o gestionado el ejercicio del derecho por el fiduciario (fiducia *cum amico*). La finalidad económica pretendida se manifiesta, y su consecución se instrumenta, mediante un convenio entre fiduciante y fiduciario (*pactum fiduciae*) por el que el segundo se obliga a restituir al primero la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho objeto del negocio, en su caso con los rendimientos que haya producido su administración, o lo obtenido de

la realización del derecho; en el momento en que la obligación garantizada se extinga, si de fiducia *cum creditore* se trata, o a voluntad del fiduciante, en la fiducia *cum amico*».

[3] Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Concluye: «por virtud del negocio en cuestión, se proporciona a una persona, llamada fiduciario, una posición jurídica superior y más amplia que aquella que es estrictamente exigida por el fin económico al que se pretende llegar. En el negocio fiduciario las partes se proponen obtener unos efectos distintos y más restringidos que los que son propios del tipo negocial que ponen en juego. Se dice que el negocio fiduciario existe cuando se lleva a cabo la transmisión de la propiedad de una cosa o la transferencia de la titularidad de un derecho para lograr una finalidad para la cual no son jurídicamente necesarias tal transmisión o tal transferencia».

[4] Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2012.

[5] Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009.

[6] Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1994 y sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1995. En el sentido expuesto lo definen como: «negocio que consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o derecho adquirido mediante la referida asignación para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de revertirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. De lo que se trata es de crear una apariencia lo más real posible para que los terceros destinatarios de la misma (ya sea con el fin de garantizar el pago de una deuda, que sería el caso de la fiducia «*cum creditore*», o la fiducia hecha con el fin de sustituir al fiduciante en la gestión y realización de un negocio, fiducia «*cum amico*») lleguen a creérsela».

[7] Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de junio de 2010. En su Fundamento de Derecho primero recoge: «A los efectos de la resolución del presente procedimiento, conviene recordar la STS de 13 de julio de 2009, cuando con referencia a la figura jurídica de la fiducia, nos dice: «ciertamente en el caso nos encontramos ante una "fiducia *cum amico*" cuyo precedente histórico se halla en las *Instituciones* de GAYO (II, 60, «*sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint*») y cuya posibilidad y validez, salvo finalidad fraudulenta, ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala (entre las más recientes sentencias cabe citar las de 15 de marzo de 2000; 5 de marzo y 16 de julio de 2001; 17 de septiembre de 2002; 10 y 13 de febrero y 31 de octubre de 2003; 30 de marzo de 2004; 23 de junio y 27 de julio de 2006 y 7 de mayo de 2007)».

Continúa la sentencia reconociendo como novedad y resultado de la evolución jurisprudencial que «en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica. El dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza».

[8] El Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de febrero de 2003 recoge la evolución jurisprudencial para concluir que: «(...) la fiducia *cum amico*, tal y como se indica en la sentencia de 5 de marzo de 2001—cuya doctrina se recoge en la posterior de fecha 31 de octubre de 2003, y como asimismo se precisa en la de fecha 16 de julio de 2001, consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o derecho adquirido mediante la referida asignación para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. En esta modalidad de fiducia, el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero —beneficiario—, de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal, en el sentido de aparente, caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de la confianza, y de ahí que doctrinalmente se considere la "fiducia *cum amico*" la forma pura o genuina del negocio fiduciario —sentencia de 16 de julio de 2001—. En otros términos: en el negocio fiduciario el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto de fiducia; el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, y ha de devolverlo al

fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia —sentencia de 31 de octubre de 2003—».

[9] Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2011, en esta sentencia citando otras sentencias del Tribunal Supremo como «la STS de 27 de febrero de 2007 declara que en estos casos la transmisión de la propiedad se basa en la confianza en el fiduciario, de modo que este la conservará hasta el momento en que se reclame por el fiduciante la propiedad de lo transmitido; y la STS 23 de junio de 2006, que en los casos de fiducia *cum amico*, la cual "implica la creación de una apariencia", el fiduciario "se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (esto es, aparente) caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza"».

[10] Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009 que en relación a la fiducia *cum amico* cuyo precedente histórico se halla en las *Instituciones* de GAYO (II, 60, «*sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quotutius nostrae res apud eum sint*») y cuya posibilidad y validez, salvo finalidad fraudulenta, ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala (entre las más recientes sentencias cabe citar las de 15 de marzo de 2000; 5 de marzo y 16 de julio de 2001; 17 de septiembre de 2002; 10 y 13 de febrero y 31 de octubre de 2003; 30 de marzo de 2004; 23 de junio y 27 de julio de 2006 y 7 de mayo de 2007)».

[11] Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2011 que en su Fundamento de Derecho segundo establece: «(…) la calificación que mejor conviene a las operaciones atribuidas en ella a los demandados es la de negocios fiduciarios consistentes en poner a nombre de las hijas bienes pertenecientes a sus padres con el pacto interno entre estos y aquellas de reconocer a los padres como verdaderos propietarios, pactos a su vez indiferentes para el vendedor de los bienes. De aquí que no fueran extravagantes las constantes alusiones del demandante a la simulación, pues como declara la STS de 15 de junio de 99 con cita de otras anteriores la doctrina tiende a asimilar el llamado negocio fiduciario al simulado. Por su parte la STS de 27 de febrero de 2007 declara que en estos casos la transmisión de la propiedad se basa en la confianza en el fiduciario, de modo que este la conservará hasta el momento en que se reclame por el fiduciante la propiedad de lo transmitido; y la STS de 23 de junio de 2006, que en los casos de fiducia *cum amico*, la cual "implica la creación de una apariencia", el fiduciario "se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (esto es, aparente) caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza"».

Pues bien, si a lo antedicho se une, de un lado, que según la STS de 28 de noviembre de 2002 el fiduciario no puede integrar en su patrimonio el objeto del negocio como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante, y, de otro, que *el artículo 1111 del Código Civil configura la acción subrogatoria en términos muy amplios, autorizando al acreedor a «ejercitar todos los derechos y acciones» de su deudor, sin distinción alguna ni otra excepción que los derechos y acciones inherentes a la persona del deudor, habrá que convenir en que mediante la acción subrogatoria el acreedor puede pedir la declaración de que los bienes puestos a nombre de fiduciarios no deudores pertenecen en realidad al fiduciante deudor, pues por esa vía ejercita el derecho de este último a pedir esa misma declaración en cualquier momento y, al propio tiempo, consigue que los bienes se integren en el patrimonio de su deudor para que sea efectiva su responsabilidad patrimonial, sin que en casos como el presente, en que la finalidad atribuida a la* fiducia *sea precisamente eludir esa responsabilidad, resulte aplicable el límite temporal consistente en «el logro de las finalidades perseguidas con la* fiducia» *(SSTS de 31 de octubre de 2003 y, 4 de julio de 1998),* pues los negocios fiduciarios *pueden ser lícitos o ilícitos y una finalidad ilícita, como es eludir la responsabilidad patrimonial universal, nunca puede quedar amparada por el ordenamiento jurídico.*

[12] Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2007. El Tribunal Supremo tiene —en los negocios fiduciarios— superada la simulación, respecto a la falta de causa típica en el negocio transmisor de la propiedad y llega a concluir: « (…) *Por ello, no cabe apoyar*

en el carácter simulado de la segunda compraventa, ni en la inexistencia de precio, la nulidad, sino que hay que estar a la irrelevancia de la causa expresada, cuando sustancialmente se trata de completar, según el diseño negocial establecido, el iter transmisivo, intitulando a favor del mandante o fiduciante el bien que para él, en definitiva, se ha adquirido».

[13] Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001. Concluye que en la fiducia *cum amico*, el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero (beneficiario), de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (en el sentido de aparente), caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza».

[14] La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2007, argumenta que la doctrina considera como «fiduciaria en sentido lato» una adquisición realizada por encargo, un mandato para adquirir. El hijo encarga a la madre (única que puede aprovechar la oferta por su condición de arrendataria) que adquiera para él (y su esposa), a cuyo efecto verifica el pago de precio más impuestos y gastos, para que, con reserva del usufructo, la madre le transmita, como beneficiario definitivo. La segunda escritura es, de este modo, un acto de transferencia sobre cuya naturaleza ya había hipotizado la doctrina que habría de ser, en la mayor parte de las ocasiones, una escritura simulada, lo que carece de importancia en el contexto negocial, pues el mandante ya adquirido, dando sentido con ello a lo previsto en el artículo 1717 del Código Civil, como ha dicho esta Sala en un conjunto de decisiones que constituyen una línea constante, como las de 22 de mayo de 1964, 22 de noviembre de 1965, 26 de noviembre de 1970, sin necesidad de que el mandatario otorgue un documento en que el mandatario confiese o testimonie el origen del dinero con el que adquiere (lo que ocurre, en cambio, en las sentencias de 26 de mayo de 1950, 3 de junio de 1953, y 19 de diciembre de 1963). Una línea que sigue en las sentencias de 16 de mayo de 1983, 24 de junio de 1984, 14 de octubre de 1989, 13 de abril de 1994, 18 de enero y 4 de julio de 2000, entre otras. La doctrina lo ha explicado al señalar que «el mandante adquiere una propiedad sustancial, mientras que el mandatario, frente a terceros ajenos al mandante, desconocedores del mandato, una propiedad formal». A lo que se añadiría, según la autorizada doctrina a que nos referimos, que se trata «en suma, de algo idéntico a lo que ocurre en el negocio fiduciario, entre fiduciante y fiduciario». Por ello, no cabe apoyar en el carácter simulado de la segunda compraventa, ni en la inexistencia de precio, la nulidad, sino que hay que estar a la irrelevancia de la causa expresada, cuando sustancialmente se trata de completar, según el diseño negocial establecido, el *iter* transmisivo, intitulando a favor del mandante o fiduciante el bien que para él, en definitiva, se ha adquirido.

[15] Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2004 (Fundamento de Derecho séptimo).

[16] Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2010.

[17] Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2009 que confirma la fundamentación de la sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid el 17 de diciembre de 2004, en el Rollo núm. 440 de 2003, desestima el recurso de apelación y confirma la resolución del Juzgado. La «*ratio decidendi*» se articula, en síntesis, en los argumentos de que el dueño del cuadro del litigio era el Sr. Alberto, que no hubo acto traslativo de dominio —por donación u otro título— del padre a la hija, por lo que aquel nunca dejó de ser dueño hasta la venta cuyo precio se utilizó para un préstamo inexistente, habiéndose configurado un negocio jurídico fiduciario entre el padre y la hija, figura reconocida en la doctrina y en la jurisprudencia (SS. 18 de septiembre y 31 de octubre 2003) que implica un apariencia en la que subyace otro contrato que es perfectamente válido entre los otorgantes y, en cambio, frente a terceros, prevalece el contrato aparente sin actúan de buena fe, y explicándose la intervención de AGEPASA por la pertenencia a la única titularidad del Sr. Alberto.

Fundamento de Derecho segundo. (…) Es cierto que una visualización externa de la documental aportada con la demanda crea otra apariencia jurídica. El dinero reclamado procede de la venta de un cuadro (habiéndose producido una subrogación real de «*pretium in locum rei*»), el cuadro vendido se hallaba inventariado en el Registro administrativo a nombre de Dª Azucena, el dinero del precio de la venta se ingresó en una cuenta bancaria

de la misma titularidad, y se documentó privadamente un préstamo en el que dicho numerario se transfirió en concepto de préstamo a AGEPASA. Sin embargo, todo ello (y los datos fácticos valorados al respecto por la resolución recurrida son claramente evidenciadores) no fue más que un entramado jurídico determinado por la necesidad de formular la declaración administrativa de ciertos bienes de valor artístico y de dispersarlos entre los hijos por parte del Sr. Alberto, de modo que, con las apariencias expresadas —simuladas y, por ende, carentes de existencia jurídica—, se trata disimular —ocultar— la realidad de que el Sr. Alberto era, seguía siendo, el dueño verdadero de los bienes, y solo confiaba —fiducia— a la hija la titularidad formal, situación jurídica que, si bien puede producir efectos reales respecto de terceros de buena fe, sin embargo no altera la verdaderamente existente entre las partes que intervienen en el negocio fiduciario —de fiducia «*cum amico*»—; sin que obste la pluralidad negocial producida, pues los diversos actos jurídicos se hallan plenamente trabados entre sí y enderezados a un único fin —mantenimiento del valor patrimonial integrado dentro del patrimonio familiar—».

[18] Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2005, que en su Fundamento de Derecho tercero considera que: «Debe notarse que la parte recurrente, aunque utiliza la expresión negocio fiduciario, invoca en puridad la existencia de un negocio de fiducia, cuya característica, frente al negocio fiduciario, radica en que «si bien en unos y otros concurren dos manifestaciones negociales distintas […] en los negocios de fiducia la voluntad de transmitir y la de adquirir no son suficientes para producir el efecto traslativo intentado o perseguido, toda vez que la validez y eficacia del contrato exige la existencia de una causa eficiente justificadora del fin que las partes han pretendido o buscado» (sentencia de 22 de diciembre de 1988). Pues bien, como se infiere de la sentencia de esta Sala núm. 74/2005, de 11 febrero, recurso de casación núm. 4671/1998, también la fiducia, y no solo el negocio fiduciario en sentido estricto, requiere la prueba de la intención de los contratantes de perseguir una finalidad para la atribución formal de la titularidad del bien al fiduciario ajena a la transmisión, pues declara que "La fiducia parte del presupuesto de la atribución patrimonial que el fiduciante lleva a cabo de cosa o derecho de su propiedad en favor del fiduciario (propietario solo formal), para la finalidad que ambos pactan y cuando la misma se cumple el fiduciante, por retransmisión, recobra lo cedido (sentencias de 5 de julio de 1993, 15 de octubre de 1993, 22 de febrero de 1995, 2 de diciembre de 1996 y 4 de julio de 1998)"».

[19] Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2006, que en los Fundamentos de Derecho segundo y cuarto sintetizan un supuesto de hecho de negocio fiduciario de fiducia *cum amico* ante una crisis matrimonial: «(.) previamente al examen individualizado de esa «motivación», las siguientes declaraciones:

I. En la demanda origen del proceso, y planteada por el padre de uno de los demandados (su hija, casada con otro de ellos), frente a estos y la vendedora, se solicitan como declaraciones a efectuar por el Juzgado, las siguientes, en resumen, y en lo que aquí interesa: a) la nulidad de la compraventa, otorgada entre los demandados en documento público, de la vivienda de autos, por inexistencia de causa y por simulación; b) la nulidad consiguiente de la inscripción registral de dicha compraventa; c) la inexistencia de la transmisión de la propiedad efectuada, cualquiera que sea el título de la misma y en concreto el de una donación encubierta; d) la condena a la vendedora a otorgar nueva escritura de compraventa en favor del actor, o subsidiariamente a hacerlo por los otros codemandados, debiendo realizar estos los actos precisos y otorgar cuantos documentos fueren necesarios para ello; e) la desocupación de la vivienda por los ocupantes, dejándola libre y a disposición del actor; y f) la condena en Costas a los demandados.

II. a) El Juzgado, dicta sentencia, desestimando la demanda, y absolviendo de ella a los demandados, por entender que estos habían adquirido realmente la propiedad de la finca, y que no se daba la nulidad absoluta o relativa de tal contrato, pues no existía simulación alguna al respecto, entendiéndose, por contra, que sí había existido donación del dinero que era precio del contrato, bien mueble, para el que no se precisaba de escritura pública.

b) La Audiencia estima la demanda, revocando la anterior sentencia, con estimación del recurso de Apelación del demandante, y entendiendo que no se daba la simulación del contrato, en ninguna de sus modalidades, ni la donación del actor a los demandados, apre-

ciaba la existencia de un «contrato fiduciario» en el que estaba incluida la obligatoriedad de retorno de la propiedad de los compradores al dueño real frente a ellos, y condenaba a las partes demandadas a efectuar dicho retorno, con imposición a las mismas de la obligación de realizar los actos precisos para ello, y la desocupación de la finca, cuya posesión debía entregarse al demandante.

III. El demandado, que fue esposo de la otra codemandada (hija del actor) y separado judicialmente de ella, plantea recurso de Casación frente a la anterior sentencia, pidiendo su anulación y que se confirme la del Juzgado, y proponiendo a dicho fin, cuatro motivos, el primero, de forma, por «incongruencia extra-petita» de la sentencia de la Audiencia, al entender que la misma había resuelto por una causa que no era la pedida en demanda, sino distinta a la discutida: siendo los otros tres motivos de fondo, en los que se va desarrollando el siguiente discurso: en primer lugar (motivo 2º), se propone la declaración de que, en ningún caso, ni en sus distintas modalidades, se ha dado el negocio fiduciario declarado por la Audiencia; consiguientemente (motivo 3º), sí se había producido la donación del dinero que sirvió para la compraventa, que no precisó, al ser bien mueble y fungible, de formalidad (escritura pública) alguna, al respecto; y, en definitiva (motivo 4º), que la adquisición real de la finca, por su parte (y por la que fue su esposa), sí se dio, por darse las características que se exigen legalmente para ello, es decir, el título y la tradición, con la entrega de la posesión, que había durado, mediante la ocupación de la finca, largo tiempo. Este último es el motivo de fondo, dentro de los tres de esta categoría, que se puede considerar como el más importante y que precisa de su principal contemplación, si bien los dos que le anteceden coadyuvarían a su posible admisión». Siendo estimado el recurso en los términos argumentados por el instante. Y concluyendo que: «E) No obstante lo anterior, y en cualquier caso, la virtualidad o justificación jurídica del pago hecho para realizar la compra en este supuesto, vendría amparada en la figura del "pago por tercero" de la deuda, como liberador para el adquirente frente al transmitente, del artículo 1158 del Código Civil. EDL 1889/1, bien lo consienta y lo conozca, o no, el deudor por compra, pago que no requiere, pues, de justificación causal alguna, sin perjuicio de las acciones que puedan proceder entre el tercero pagador y aquel, sobre la base de dicho precepto; y sin que en el presente caso se haya ejercitado acción alguna por el demandante (hoy, recurrente) para la posible recuperación del dinero así abonado.

Debe indicarse, en fin, que la adquisición del dominio del bien, corresponde en proindiviso al recurrente y a la que fue su esposa, hija del actor, por mitades e iguales partes, por lo que la acción (implícita en su oposición a la demanda) de aquel nunca ha podido ejercitarse en beneficio exclusivo y total suyo».

[20] Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012, en su Fundamento de Derecho primero recoge: «PRIMERO. Doña Mónica formuló demanda de juicio ordinario contra don Carlos Alberto interesando sentencia por la cual se declare que la demandante es la única titular en pleno dominio de la finca (….)

El demandado se opuso y, además, formuló reconvención ejerciendo acción declarativa de dominio respecto de la mitad de la finca descrita e interesando sentencia que contenga tal declaración y, subsidiariamente, que se condene a la actora reconvenida a abonarle la cantidad de 222.465 euros.

Sustanciado el proceso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barbate dictó sentencia de 22 de abril de 2008 por la que estimó íntegramente la demanda y declaró que la finca en cuestión es propiedad de D.ª Mónica, condenando al demandado a estar y pasar por dicha declaración y a dejar vacua y expedita dicha finca a la libre disposición de la actora bajo apercibimiento de lanzamiento, con imposición de costas a la parte demandada; igualmente estimó la reconvención parcialmente y condenó a D.ª Angelina a abonar a don Carlos Alberto la cantidad de ochenta y cuatro mil novecientos veinticinco euros con treinta y un céntimos, más intereses legales, sin especial pronunciamiento sobre costas de la reconvención.

Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) dictó sentencia, de fecha 10 de febrero de 2009, por la que estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado-reconviniente don Carlos Alberto y desestimó el de la demandante D.ª Mónica, desestimando la demanda y dando lugar a la petición principal formulada en la reconvención, con los correspondientes pronunciamientos sobre costas.

Contra dicha sentencia se interpuso por la demandante recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, habiendo sido admitido únicamente este último.

SEGUNDO. La Audiencia considera acreditado que, aunque en la escritura notarial de compraventa de fecha 30 de marzo de 2004, aparece como titular y única compradora de la finca la demandante D.ª Mónica, dicha finca fue vendida conjuntamente a dicha compradora y al demandado don Carlos Alberto —con el que mantenía una relación sentimental— lo que se justifica teniendo en cuenta la propia declaración testifical del vendedor don Leandro que explica "de forma reiterativa y contundente" que la venta se hizo a ambos, los cuales le dijeron que la pondrían a nombre de la demandante porque el demandado "tenía problemas derivados de su divorcio"; que ambos le manifestaron cómo iban a financiar la operación, ella con el dinero obtenido por la venta de un piso y él con el obtenido a través de una indemnización por despido. A continuación, la sentencia se refiere al modo como el demandado hizo su aportación económica para pagar el precio, por lo que, en definitiva, concluye que "la finca se vendió a ambos litigantes y que fue pagada con dinero de ambos".

TERCERO. El primer motivo del recurso denuncia la infracción de la "doctrina relativa a la fiducia cum amico en cuanto a su interpretación y aplicación, derivada del artículo 1255 del Código Civil EDL 1889/1".

Sostiene la parte recurrente que la solución adoptada por la Audiencia implica reconocer la existencia de una relación fiduciaria de tal clase entre las partes en virtud de la cual la demandante, D.ª Mónica, figuraba como titular de la totalidad de la finca cuando, por el contrario, la misma pertenecía por mitades indivisas a ella y al demandado don Carlos Alberto, siendo así que para que tal pacto de fiducia *cum amico* sea válido es necesario que sea lícito, es decir, que no se realice en fraude de ley; situación que —según afirma la recurrente— se daba en el caso en tanto que, según reconoce el propio demandado, se hizo así para evitar problemas económicos derivados de la ruptura de su anterior relación sentimental.

La sentencia de esta Sala núm. 518/2009, de 13 julio (Rec. 294/2005)se refiere a dicha figura afirmando que su precedente histórico se halla en las *Instituciones* de GAYO (II, 60, «*sed fiducia contra hitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint*») habiendo sido reconocida su posibilidad y validez por la jurisprudencia, salvo finalidad fraudulenta (sentencias de 15 de marzo de 2000; 16 de julio de 2001; 13 de febrero de 2003 y 7 de mayo de 2007), de modo que en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real —en este caso sobre la mitad indivisa de la finca perteneciente a don Carlos Alberto — pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, siendo así que el dominio seguirá perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza.

Precisamente por ello, lo que no puede pretender la recurrente es aprovechar la existencia de una finalidad fraudulenta en el pacto de fiducia *cum amico* —que le vincula con el demandado— para, haciendo una interpretación interesada de la jurisprudencia citada, negar toda eficacia "inter partes" a dicho pacto y consolidar definitivamente una propiedad aparente, faltando así a la confianza depositada por el fiduciante cuando consintió que fuera ella la que apareciera externamente como titular única del bien de que se trata».

[21] Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de octubre de 2010. En el presente caso, se funda la demanda en la existencia de un pacto fiduciario por el que ambos se beneficiaban de las ventajosas condiciones que ofertaba Caixa Catalunya a sus trabajadores exclusivamente. El pacto fiduciario no queda reflejado documentalmente, ni tampoco se deduce de las actuaciones, así:

«1. Si bien el demandado es empleado de Caixa Catalunya, la actora es empleada de Deutsche Bank (antes Bancontrans).

El demandado en la contestación a la demanda opone que no tiene constancia que Caixa Catalunya ofreciera mejores condiciones hipotecarias que Deutsche Bank donde trabajaba y trabaja la apelante, y no lo acredita. Como hemos visto anteriormente la carga de la prueba de la *causa fiduciae* corresponde al que la alega, y la apelante no ha probado las diferencias en los beneficios entre los empleados de las distintas entidades.

2. En el *iter* de la duración de la convivencia matrimonial se hicieron varias adquisiciones inmobiliarias.

La primera vivienda adquirida tras el matrimonio y, una plaza de aparcamiento, lo fue en la calle Marina de Barcelona. Se escrituró dicha adquisición a nombre de la apelante, en piso que aparece como cedido por los padres de ella.

En el interrogatorio en juicio de la exesposa declara que "se pactó que el piso era moralmente de los dos igual que el de la calle Marina" (folio 698, acta del juicio). En este punto podemos partir que la apelante por su profesión conoce la terminología propia de las adquisiciones, préstamos, y demás figuras jurídicas propias en su trabajo.

Y, se refiere a que se pactó que era moralmente de los dos, y, parece que el término es empleado correctamente.

(….) Y, finalmente nos encontramos que ambos cónyuges por mitad y proindiviso adquieren una segunda residencia en Cunit, vivienda y parking.

Por lo que constante matrimonio se producen distintas adquisiciones, con titularidades distintas y conjuntas, por lo que dificulta la prueba de un pacto fiduciario cuando el mismo solo se significa de una operación, de la mitad indivisa del piso de la CALLE000, pero no de las restantes. En definitiva, no ayuda ello a presumir ningún pacto fiduciario.

(…) En definitiva, alegada la existencia de un pacto de fiducia *cum amico* no consta probado el mismo, ni se deduce de la conducta de las partes durante la convivencia matrimonial, en que ambos trabajan en el sector bancario, en distintas entidades, conocedores del significado de lo que hacían en sus adquisiciones inmobiliarias, y constando adquirirse a nombre de uno y otro, y de los dos; sin que lo que moralmente pudiere entender la apelada tenga su traducción jurídica, además de que respecto del piso en la calle Marina resultaría que moralmente era de los dos, pero en la venta el dinero de ella, lo que en definitiva, significa el reconocimiento que el concepto moralmente no es equivalente a titularidad conjunta.

Todo ello conlleva a estimar el recurso de apelación, y, en consecuencia desestimar la demanda deducida por la actora».

[22] Cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011, que en su Fundamento de Derecho segundo establece que: «(…) El negocio fiduciario ha sido definido jurisprudencialmente como aquel convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión del dominio, eficaz *"erga omnes"*, y otro obligacional, válido *inter partes*, destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que el fiduciario no impida el rescate de los bienes por el fiduciante cuando se dé el supuesto obligacional pactado a cargo de este (sentencias, entre otras, de 9 de diciembre de 1981, 19 de junio de 1997 y 16 de noviembre de 1999) o, como dice la sentencia de 5 de marzo de 2001 (….) y en parecidos términos se pronuncia la sentencia de 16 de julio de 2001». Por tanto lo que se dice en el acto de manifestaciones al que se hace referencia es que la operación concertada entre las partes se había configurado como un negocio fiduciario, y que dicho negocio había concluido satisfactoriamente y habiéndose producido la causa fiduciaria en el año 1987 momento en el que las acciones volvieron a su propietario que nunca dejó de serlo por aplicación de la doctrina del negocio fiduciario.

[23] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011. En el Fundamento de Derecho segundo continua estableciendo que: «(….) En efecto, la parte apelante, después de hacer mención a la teoría de los actos propios, lo que intenta es desacreditar el contenido del acta de manifestación con ello intenta llevar al juzgador y a la Sala a la conclusión de que en realidad no se había producido tal negocio fiduciario sino que la compraventa de las acciones instrumentadas en los años 1982 y 1984 constituiría un negocio real como también lo fue la retroventa producida en el año 1987, y que fueron todas ellas operaciones autónomas y distintas y que estaban no revestidas de ninguna *causa fiduciae*.

(…) En efecto, lo que realizaron las partes fue el típico negocio de transmisión de propiedad en garantía, a través de un medio indirecto cual es la instrumentación de una compraventa simulada, que, como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha conocido ya en bastantes ocasiones (sentencias de 2 de junio de 1982, 12 y 25 de febrero y 8 de marzo de 1988, 7 de marzo de 1990, 13 de marzo de 1995 y 15 de junio de 1999, entre otras).

Según la citada sentencia de 26 de abril de 2001 "las líneas maestras de la configuración de esta figura jurídica, llamada también 'venta en garantía', en la doctrina jurisprudencial pueden resumirse así: 1º la transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de

la fiducia *cum creditore*. el fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda este vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario. 2º el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegura al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario. 3º el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia el pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión. 4º la falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación. 5º el fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo. 6º la transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o 'venta en garantía' es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación….". (…) Entre estos casos se encuentra la denominada "fiducia *cum amico*" y por ende también extrapolaba la figura de la fiducia *cum creditore*, no siendo desdeñable en este punto la existencia de relación de amistad o incluso familiar entre los intervinientes en este tipo de contratos.

(…) En efecto de las pruebas obrantes en autos no parece que en modo alguno se produce un desplazamiento patrimonial en ninguna de las compraventas y palmariamente no se produce el desplazamiento patrimonial en la retroventa de las acciones del Casino producidas supuestamente en el año 1987. En efecto, ascendiendo el precio de la compraventa a la suma de más de 24.000.000 de ptas., lo cierto es que no hay rastro de la entrega de dicha suma por parte del Sr. Alberto, y siendo como es una suma muy notable sobre todo en el momento en que se produjo la transmisión y a la vista del cuidado contable que llevaba el referido Sr Alberto, como lo acredita el hecho de conservar las matrices de los talonarios aun mucho tiempo después de su uso, lo cierto es que no consta ningún apunte que justifique el pago de una suma tan elevada, que por fuerza debió de haber dejado rastro, y no se puede cobijar con algunos apuntes referidos a venta de acciones en que lo son por un importe muy inferior, de lo que se desprende que no puede sino conceptuarse las operaciones como una compraventa fiduciaria en su modalidad de fiducia *cum creditore* o incluso de fiducia *cum amico,* pues forzoso es decir que tampoco consta la entrega de dinero que supone el capital del préstamo. (….) por lo que no cabe afirmar que en realidad las compraventas efectuadas correspondían a una realidad jurídica, debiendo considerarse como simple compraventa fiduciaria y en garantía».

[24] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011 Fundamento de Derecho tercero. PRESCRIPCIÓN Que como segundo motivo de apelación se aduce que la sentencia ha inaplicado la figura de la prescripción adquisitiva de las acciones conforme al artículo 1955 del Código Civil EDL 1889/1 El motivo no prospera y ello porque cuando como se ha dicho con anterioridad la naturaleza jurídica del negocio realizado por el Sr. Alberto y el Sr. Claudio se corresponde con un negocio fiduciario, en su modalidad *cum creditore,* o aun incluso en la modalidad *cum amico,* caracterizado este último como una modalidad del negocio en la que el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (esto es, aparente) caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza. (…) por lo que no cabe que se hayan poseído dichas acciones a título de dueño pues la titularidad era meramente fiduciaria y la compraventa que ampara la supuesta titularidad también. Por ello el motivo se desestima.

[25] Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de diciembre de 2007. Fundamento de derecho: «TERCERO. Respecto de la cosa juzgada (….). Efectivamente las partes

firmaron de mutuo acuerdo Convenio Regulador de la separación, en cuya cláusula sexta se hace constar expresamente que "El matrimonio de los comparecientes se rige por el régimen económico matrimonial de separación de bienes, según se estableció en capitulaciones matrimoniales suscritas en fecha 27 de julio del año 1992 ante el notario de Elche D.ª Pilar CHOFRE OROZ, Protocolo núm. 1370, no habiendo bienes en común entre los cónyuges y sin que estos tengan nada que reclamarse por este concepto"; acuerdo que fue ratificado por sentencia de fecha 24 de septiembre de 2004 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de esta Ciudad dictada en procedimiento de separación núm. 800/2004 presentado el día 21 de julio de 2004. Verificados tales hechos, se ha de determinar si efectivamente el Acuerdo alcanzado en el Convenio Regulador aprobado judicialmente produce los efectos de la cosa juzgada sobre el procedimiento que ahora nos ocupa. Es de destacar al efecto la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2006, que señala que para que concurra la cosa juzgada, resulta esencial que el pronunciamiento judicial antecedente resuelva la controversia entre las partes, que lógicamente no podrá serlo de modo distinto con posterioridad, pero no puede predicarse tal efecto cuando las sentencias de separación y divorcio únicamente se limitaron a aprobar un convenio que se limitaba a consignar la común voluntad de los interesados.

Y constatada la existencia de un negocio fiduciario entre las partes, anterior en el tiempo al Convenio Regulador de la Separación, es evidente que los efectos de la cosa juzgada no pueden recaer sobre tal negocio fiduciario; puesto que con la declaración contenida en el convenio de separación se viene a ratificar la realidad de tal acuerdo fiduciario y por tanto a ratificar la apariencia formal de la titularidad de los bienes, que no la real, lo que constituye la esencia de la «fiducia cum creditore», a la que seguían ligadas las partes. Admitir lo contrario en el momento en que se suscribió tal acuerdo, podría incluso haber determinado la existencia de un pacto comisorio prohibido por nuestro ordenamiento jurídico. (…)

(…) Ello enlaza a su vez con la alegada infracción del artículo 7.1 del Código Civil EDL 1889/1, por inaplicación del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, en base precisamente al Convenio regulador de la Separación. Como recoge la STS de 28 de octubre de 2003 "Esta Sala tiene señalado en relación con los 'actos propios', como destacó la sentencia de 22 de enero de 1997 y repitieron las de 7 de mayo de 2001 y 15 de marzo de 2002 que las sentencias de 15 de febrero de 1988, 9 de octubre de 1981, 25 de enero de 1983 y 16 de junio de 1984, se pueden considerar esenciales en el tema de los actos propios, que se definen como expresión inequívoca del consentimiento que actuando sobre un derecho o simplemente sobre un acto jurídico, concretan efectivamente lo que ha querido su autor y además causan estado frente a terceros. Asimismo, una pletórica jurisprudencia, constituida, entre otras muchas, por las sentencias de 5 de octubre de 1987, 16 de febrero y 10 de octubre de 1988, 10 de mayo y 15 de junio de 1989, 18 de enero de 1990, 5 de marzo de 1991, 4 de junio y 30 de diciembre de 1992, 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993, mantiene que el principio general de Derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de la buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurran los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer, sin duda alguna, una determinada situación jurídica afectante a su autor y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una contradicción o incompatibilidad según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior". Por su parte la STS de 21 de mayo de 2001, hace una exposición detallada de la jurisprudencia recaída en torno a la doctrina de la vinculación por los actos propios señalando que "esta Sala tiene declarado para la aplicación de la doctrina de los actos propios es preciso que los hechos tengan una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada (sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril y 4 de julio de 1962); y como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2000, el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos. (…) Aplicando tal doctrina al caso que nos ocupa, resulta que con el convenio regulador la actora apelada no va contra sus propios actos, muy por el contrario viene a ratificar la posición mantenida desde un inicio cual era el mantenimiento de la apariencia formal derivada del acuerdo fiduciario que ambos cónyuges habían alcanzado

con anterioridad a la separación conyugal. Muy al contrario, es el esposo el que realiza actos propios que vienen a ratificar la existencia del negocio fiduciario pactado entre los cónyuges, pues interesó tras la separación, la peritación de todos los bienes existentes en el matrimonio, con el objeto de proceder a la liquidación de los mismos"».

[26] Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de octubre de 2012 en el Fundamento de Derecho tercero concluye: «(…) Cabe recordar con la STS de 23 de junio de 2006 que la "fiducia *cum amico*" "ha sido contemplada —dice la sentencia de 16 de julio de 2001— por muchas sentencias de esta Sala (28 de diciembre de 1973, 4 de diciembre de 1976, 30 de abril de 1992, 14 de julio de 1994, 22 de junio de 1995, 5 de julio y 2 de diciembre de 1996, 24 de marzo y 19 de junio de 1997, 15 de marzo de 2000, 10 de febrero de 2003, etc…) como una modalidad del negocio en la que el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que solo tiene una titularidad formal (esto es, aparente) caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza, de ahí que algunos autores (sigue la sentencia) considera que la 'fiducia *cum amico*', constituye la forma pura del negocio fiduciario. Y, como ha dicho la sentencia de 5 de marzo de 2001, el negocio fiduciario en general, consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista. Y, dentro del género, la fiducia cum amico implica la creación de una apariencia, un caso de intestación en el que el fiduciante sigue siendo el dueño.

Más recientemente, el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de marzo de 2012 STS 1926/2012 razona:

Sostiene la parte recurrente que la solución adoptada por la Audiencia implica reconocer la existencia de una relación fiduciaria de tal clase entre las partes en virtud de la cual la demandante, Dª Mónica, figuraba como titular de la totalidad de la finca cuando, por el contrario, la misma pertenecía por mitades indivisas a ella y al demandado don Carlos Alberto, siendo así que para que tal pacto de fiducia *cum amico* sea válido es necesario que sea lícito, es decir, que no se realice en fraude de ley; situación que —según afirma la recurrente— se daba en el caso en tanto que, según reconoce el propio demandado, se hizo así para evitar problemas económicos derivados de la ruptura de su anterior relación sentimental.

La sentencia de esta Sala núm. 518/2009, de 13 de julio (Rec. 294/2005) se refiere a dicha figura afirmando que su precedente histórico se halla en las *Instituciones* de GAYO (II, 60, «*sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint*») habiendo sido reconocida su posibilidad y validez por la jurisprudencia, salvo finalidad fraudulenta (sentencias de 15 de marzo de 2000; 16 de julio de 2001; 13 de febrero de 2003 y 7 de mayo de 2007), de modo que en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real —en este caso sobre la mitad indivisa de la finca perteneciente a don Carlos Alberto— pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, siendo así que el dominio seguirá perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza.

Precisamente por ello, lo que no puede pretender la recurrente es aprovechar la existencia de una finalidad fraudulenta en el pacto de fiducia *cum amico* —que le vincula con el demandado— para, haciendo una interpretación interesada de la jurisprudencia citada, negar toda eficacia '*inter partes*' a dicho pacto y consolidar definitivamente una propiedad aparente, faltando así a la confianza depositada por el fiduciante cuando consintió que fuera ella la que apareciera externamente como titular única del bien de que se trata". Es por ello que, visto el exhaustivo análisis de la Juez a quo que la Sala comparte y en atención al que también se ha realizado en la apelación procede la desestimación del recurso.

Sobre los demás alegatos huelga decir que, declarado que concurre una fiducia, el titular formal no posee en concepto de dueño, por lo que mal puede adquirir por prescripción».

1.3. Derechos reales

El alquiler vacacional como actividad molesta en la Comunidad de propietarios

Tourist activity as an annoying activity in the condominium

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Prof. Dra. de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: Los viejos problemas derivados de las relaciones de vecindad se ponen de manifiesto de una forma mucho más especial en los edificios sobre los que se ha constituido un régimen de propiedad horizontal. En efecto, el hecho de compartir suelo, techo, y el resto de elementos comunes, hace que las limitaciones dominicales derivadas de las relaciones con los vecinos copropietarios sean un continuo foco de conflictos.

Se pretende reflexionar en este trabajo sobre si la actividad turística desempeñada en uno de los elementos privativos, es decir, un piso que se alquila por completo y en perfectas condiciones de vivienda por breves periodos de tiempo a turistas o huéspedes, puede generar u ocasionar molestias, de qué tipo, y cómo hacer frente a las mismas por parte de los propietarios.

ABSTRACT: The old problems derived from neighborly relations are manifested in a much more special way in the buildings on which a horizontal property regime (condominium) has been constituted. In fact, sharing land, roof, and other common elements, makes that the property limitations derived from the relations with the co-owners neighbors, be a continuous source of conflicts. It is intended to reflect on this paper on whether the tourist activity, in a flat —privative element in a condominium—, rented completely and in perfect conditions of housing for short periods of time to tourists or guests (home sharing), can generate or cause discomfort, becoming an annoying activity, and how to deal with it by the owners.

PALABRAS CLAVE: Propiedad horizontal. Comunidad de propietarios. Actividad molesta. Uso turístico. Acción de cesación. Alquiler vacacional.

KEY WORDS: Condominium. Annoying activity. Touristic use. Cease action.

SUMARIO: I. RELACIONES DE VECINDAD EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL.—II. MOLESTIAS DERIVADAS DEL ALQUILER TURÍSITICO O VACACIONAL.—III. ACTIVIDADES PROHIBIDAS, DAÑOSAS, MOLESTAS, INSALUBRES, NOCIVAS, PELIGROSAS E ILÍCTAS: 1. ACTIVIDAD PROHIBIDA EN LOS ESTATUTOS. 2. AC-

TIVIDAD DAÑOSA, O MOLESTA, INSALUBRE, NOCIVA, PELIGROSA O ILÍCITA.—IV. ACCIONES PARA PONER FIN A LA ACTIVIDAD MOLESTA: 1. INTERDICTO POSESORIO DE RETENER (ART. 250.4 LEC). 2. ACCIÓN DE CESACIÓN ARTÍCULO 7.2 LPH.—V. CONCLUSIONES.—VI. RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. RELACIONES DE VECINDAD EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL

La vida en comunidad supone limitaciones en el ejercicio del derecho de propiedad, de forma que un propietario se ve constreñido en su ejercicio cuando puede causar molestias a sus vecinos, y viceversa. La plenitud de facultades de un propietario inmobiliario debe ejercitare, por razones de convivencia, haciendo compatibles el uso y disfrute pleno y exclusivo de la finca, con el igualmente pleno y exclusivo de los propietarios de las fincas vecinas o colindantes. De los problemas derivados de estas limitaciones, se ha ocupado extensamente el Derecho civil, constituyendo una de las limitaciones dominicales más importantes a la que se denomina «relaciones de vecindad»[1].

Se trata, en realidad, no tanto de un problema de copropietarios, o colindantes, sino un problema entre vecinos, en una comunidad de vecinos, que implica esa cercanía, puesto que tanto pueden generar las molestias, como sufrirlas, los arrendatarios, usufructuarios, o cualquier otra persa que tenga el uso y goce del inmueble. Como afirma MAGRO SERVET, «los problemas jurídicos suelen surgir, en realidad, cuando el hecho posesorio es detentado no por los titulares sino por terceros ocupantes en virtud de un contrato de arrendamiento»[2].

¿Hasta dónde debo soportar las molestias que causa mi vecino, o donde empieza la limitación dominical del otro? Para dar respuesta a esta pregunta, se ha generado en Derecho civil la teoría de las inmisiones. La inmisión (*inmissio*) es toda aquella injerencia —influencia—, corpórea o no, directa o indirecta que se produce en la propiedad ajena.

Ya en Derecho romano, y para fincas o fundos colindantes, a pesar de consagrar el concepto absoluto del derecho de propiedad, se admitía que el dueño de la finca no tenía derecho a perturbar a sus vecinos introduciendo en su finca elementos extraños (ruidos, humos, gases…) prohibiéndose por regla general las inmisiones en fundo ajeno[3].

En el Derecho medieval, se puso el énfasis en la voluntariedad de la injerencia o inmisión, (actos de emulación), prohibiéndose únicamente aquellos que el propietario del fundo vecino realizaba con intención dañosa (*animus nocendi*). Esta teoría se ve enseguida superada por la frecuencia de injerencias involuntarias. Y fue, sobre todo a raíz de la revolución industrial, cuando las inmisiones indirectas aumentaron de manera importante (humos, olores, gases, ruidos), y se volvió a plantear dónde se encontraba el equilibrio entre el ejercicio de la propiedad de uno, y el goce pacífico de la misma por parte de los otros vecinos. IHERING[4] formuló entonces su teoría de «la normal tolerancia». Debían prohibirse todas aquellas inmisiones directas, y aquellas indirectas que superen la normal tolerancia. Siendo este concepto jurídicamente indeterminado y determinable en el caso concreto según las circunstancias que rodearan el hecho.

El criterio de la tolerancia normal se identifica con el «uso normal» del derecho de propiedad; de forma que se entiende que el «uso de la propiedad es anormal cuando el grado de incomodidad causado por él supere el nivel de las molestias ordinarias que suelen acompañar necesariamente a la convivencia»[5].

Ya más recientemente, DÍEZ PICAZO reformuló esta teoría, e interpretó que «la normal tolerancia» debe ponerse en relación con el ejercicio abusivo del derecho; de forma que deben soportarse aquellas molestias que supongan un ejercicio normal del derecho de propiedad, y deben prohibirse, o no soportarse, las derivados de un ejercicio abusivo del derecho[6]. Es la teoría del uso normal, según la cual los derechos deben ser ejercitados según su natural destino y de modo normal, con tal de que no ocasionen a los demás un daño apreciable.

En conclusión, hoy por hoy, en temas de relaciones de vecindad, la regla general, como dice LACRUZ BERDEJO, es que «la actividad del dueño u ocupante del inmueble no podrá ser anormalmente molesta para el vecino o los circunstantes, habida cuenta de la finca, las vecinas y el entorno»[7]. Lo determinante para saber si puede limitarse, prohibirse, la actividad que causa las molestias es la intolerancia de la misma, el abuso en el ejercicio, nuca la culpa, y esa molestia excesiva debe examinarse siempre en su contexto. Si se está ejercitando el derecho de forma normal, deberá soportarse la molestia.

Pues bien, y centrando nuestra disertación, nos planteamos si cuando se instala una vivienda turística en un edificio en propiedad horizontal (en adelante PH), porque no existía prohibición expresa para ello en los Estatutos, la nueva actividad, alquiler vacacional o destino turístico puede generar nuevos problemas en el edificio que sean catalogados de actividad molesta: los derivados de las complicadas relaciones con los vecinos, copropietarios del resto de pisos o elementos privativos del mismo edificio donde se inserta la vivienda turística, o alojamiento colaborativo. El incesante cambio de residentes, el uso, abuso y mal uso que puedan hacer de los elementos comunes, las molestias que en su convivencia puedan causar a los vecinos, son frecuentes causas de quejas, protestas, y creciente rechazo a que estas viviendas se instalen en las comunidades de propietarios.

Habría que delimitar si esas incomodidades derivadas de la instalación de una vivienda turística en un edificio en PH, son realmente actividades molestas —y en su caso de qué tipo—; si son diferentes a las de un arrendamiento normal, y si deben considerarse excesivas, porque superen la normal tolerancia, y sean una manifestación de un ejercicio abusivo del derecho por el propietario.

Solo en ese caso, se podrían limitar, e incluso prohibir.

II. MOLESTIAS DERIVADAS DEL ALQUILER TURÍSITICO O VACACIONAL

El propietario de un piso en propiedad horizontal puede decidir alquilar la totalidad de su inmueble por breves espacios de tiempo, con una finalidad turística. Esto es el alquiler turístico o vacacional, que la propia LAU, tras su modificación por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, excluye de su regulación, y remite a las normas sectoriales, que son las propias de las CCAA en materia de turismo[8]. En principio, las perturbaciones o incomodidades que estos huéspedes pueden ocasionar no tienen por qué ser muy diferentes de las tradicionales de un arrendamiento normal en un edificio de propiedad horizontal: el dueño está ausente y el uso se cede al inquilino, descuidándose el propietario de las relaciones entre este y la comunidad (baste pensar en alquiler pisos a estudiantes, alquileres a bares o restaurantes con ocio nocturno)[9].

Pero, el hecho de que el plazo de esas cesiones, alquileres u hospedajes sea breve, conlleva una elevada rotación de personas que entran a vivir en esos edificios, y ello genera una serie de problemas o molestias añadidas al resto de los vecinos. A la mayor rotación, también hay que añadir que, como la finalidad es

turística, las personas que utilizan esos inmuebles lo suelen hacer por un interés lúdico, o de vacaciones, lo que influye asimismo en su comportamiento y forma de uso: horarios más distendidos, fiestas o volúmenes altos, etc.[10].

El informe Exceltur (2015)[11] ha determinado que las mayores incomodidades para los vecinos del inmueble en propiedad horizontal generadas por una vivienda turística son:

- Unos niveles de ruido que para el 82% de las asociaciones de vecinos entrevistadas perturban el descanso de los residentes.
- Una mayor necesidad de limpieza en el 67% de los casos, por la mayor presión de uso sobre los espacios comunes.
- Los inconvenientes percibidos por el 42% de residentes derivados de la pérdida de seguridad por la reiterada puesta a disposición de las llaves de la puerta de entrada de cada finca y de su parking a terceras personas desconocidas.
- Los problemas de mantenimiento derivados de la mayor rotación que las cortas estancias introducen sobre el uso de las zonas comunes, con un mayor desgaste de las mismas para el 75% de los vecinos.
- La pérdida de la familiaridad y proximidad que está implícita en la convivencia vecinal.

También, aunque no ya directamente sobre la comunidad, estos alojamientos están afectando a la dinámica propia de los barrios más turísticos, materializado en:

- Una mayor congestión ciudadana derivada del elevado volumen que supone ya esta población turística flotante que se aloja en este tipo de alojamientos.
- Un mayor carga de tráfico por los mayores desplazamientos generados por la población flotante.
- La tendencia a la desvalorización de los elementos de identidad de la vida de barrio por la pérdida de población residente habitual, que se refleja en una fuga de bares y pequeños comercios locales, según denuncian el 58% de las asociaciones de vecinos.

Centrándonos en las molestias propias de la comunidad de vecinos, habrá que analizar en cada caso, si son consecuencia de un uso abusivo del derecho de propiedad, si superan o no la normal tolerancia en cada caso, pues solo así, podríamos ponerles límites o prohibirlas.

Para ello nos servirá de referencia el poder catalogarlo conforme hace el artículo 7.2 LPH, dedicado a la acción de cesación, que pretende poner fin a aquellas actividades que puedan calificarse como prohibidas, molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Si las incomodidades o perturbaciones pueden calificarse como tales, no tendremos que soportarlas y podrá solicitarse el fin de las mismas, conforme a las limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad.

Veamos que se entiende por este tipo de actividades.

III. ACTIVIDADES PROHIBIDAS, DAÑOSAS, MOLESTAS, INSALUBRES, NOCIVAS, PELIGROSAS E ILICTAS

Como ya hemos dicho, es el artículo 7.2 LPH el que nos dice que podrá interponerse la acción para solicitar el cese de las actividades prohibidas, dañosas, molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas[12].

Vamos a analizar en qué consiste cada una de ellas, y ver si la actividad turística puede ser calificada como tal.

1. Actividad prohibida en los estatutos

Si la actividad turística está expresamente prohibida en el estatuto, procedería esta acción y, después del correspondiente procedimiento, podría ordenarse el cese de la misma, y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Pero, debido a lo reciente de la actividad turística, o alquiler vacacional, puede que no esté expresamente prohibida la cesión de los elementos privativos con uso turístico, pero que, sin embargo, esté por ejemplo prohibida una actividad de hospedaje.

En este caso, y por la similitud de la relación jurídica entre el anfitrión y el huésped con la de hospedaje, creo que podría sostenerse su ilicitud, y por lo tanto, procedería igualmente la acción, siempre que se probase dicha semejanza. Del mismo modo, y según los casos concretos, la prohibición de actividades de tipo profesional en una comunidad de propietarios determinada, y a tenor de la habitualidad o profesionalidad que la legislación sectorial exige a los propietarios que ceden sus viviendas para uso turístico, no sería erróneo tratar de impedir también con esta base su ejercicio.

Un supuesto más dudoso es si en los estatutos no se prohíbe ninguna actividad concreta pero se dice que quedan prohibidas las actividades que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, ¿Puede entenderse prohibido el alojamiento colaborativo por comprender un tipo de estas actividades?

Esto enlaza con el siguiente apartado, en el que aunque no se prohíban expresamente en los estatutos, si se considera a la actividad turística de vivienda colaborativa como actividad molesta, nociva, insalubre o ilícita, también procederá la acción.

2. Actividad dañosa, o molesta, insalubre, nociva, peligrosa o ilícita

Debemos analizar en qué consiste cada una de este tipo de actividades que la LPH considera no deseables y que pueden provocar la acción de cesación.

La LPH recoge conjuntamente estos cuatro tipo de actividades, si bien, hay que distinguir aquellas recogidas en el Decreto 2414/1961 de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, de las otras: dañosas e ilícitas[13]. Por eso, las diferenciamos de esta forma.

a) Actividad dañosa:

Debemos entender por actividad dañosa, siguiendo en este punto a SAN CRISTÓBAL[14], aquella que «aun gozando de los permisos administrativos, sean capaces de resultar perjudiciales ahora o en un futuro a la finca»; son aquellas actividades que producen un menoscabo, o deterioro a la finca, como consecuencia de la obligación del propietario de realizar un buen uso de los elementos comunes y sus privativos del artículo 9.1 a) y b) LPH. Esta actividad dañosa, se

caracteriza asimismo porque ya se ha producido el daño o se está produciendo desde su inicio; a diferencia de las peligrosas en las que no se produce ningún deterioro o daño *a priori*, sino que puede producirse por las características de la propia actividad. Podríamos decir que son daños continuados desde su origen, derivados directamente de tal actividad.

b) Actividades molestas insalubres, nocivas peligrosas

Como hemos dicho, están reguladas en el Decreto 2414/1961 de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. Tendremos que acudir a su descripción, para poder concluir si el alojamiento colaborativo es una de esas actividades.

El artículo 3 del Reglamento establece que:

Son «molestas» las actividades que constituyan una incomodidad por los ruidos o vibraciones que produzcan o por los humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o sustancias que eliminen.

Se calificarán como «insalubres» las que den lugar a desprendimiento o evacuación de productos que puedan resultar directa o indirectamente perjudiciales para la salud humana.

Se aplicará la calificación de «nocivas» a las que, por las mismas causas, puedan ocasionar daños a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola.

Y por último, se consideran «peligrosas» las que tengan por objeto fabricar, manipular, expender o almacenar productos susceptibles de originar riesgos graves por explosiones, combustiones, radiaciones u otros de análoga importancia para las personas o los bienes.

c) Actividades ilícitas

La ley no las define, pero podríamos decir que son todas aquellas que contravienen disposiciones imperativas del ordenamiento civil, administrativo o penal, y que se puedan desarrollar dentro de un piso en propiedad horizontal. Habrá que acudir especialmente a la regulación sectorial autonómica para comprobar si el alquiler vacacional se trata de una actividad permitida o no en la propiedad horizontal, si se cumplen los requisitos que esas normas establecen, y también, como dijimos antes, a los mismos estatutos por si la prohíben.

De esta cuádruple descripción, entendemos que la actividad del alojamiento turístico o alquiler vacacional podría encajar en actividades molestas, o incluso dañosas cuando el deterioro se va produciendo desde el inicio del alojamiento turístico, no procediendo las insalubres porque no se trata normalmente de actividades que perjudican la salud humana, ni las nocivas, en cuanto no encajan bien en un entorno de propiedad horizontal de naturaleza urbana, ni las peligrosas puesto que normalmente el alojamiento turístico nada tiene que ver con las actividades allí descritas. Tampoco nos centramos en las ilícitas, puesto que entendemos que esa actividad si está prohibida expresamente en la correspondiente legislación administrativa (por ejemplo Asturias o Canarias que las prohíben en Propiedad Horizontal), o no cumple los requisitos legales necesarios, será de fácil prueba para interponer la acción de cesación y será nula, por lo que no merece más consideración en este apartado; y si está prohibida en los estatutos

o título constitutivo se tratará de un supuesto de actividad prohibida del primer apartado, siendo fácil, también en este caso, demostrarlo.

Nos centramos entonces en las actividades molestas, para tratar de ver si el alojamiento colaborativo, el alquiler vacacional, puede ser una actividad molesta y por tanto utilizar la acción de cesación para ponerle fin.

Una actividad molesta es en principio toda aquella que impida o dificulte a los demás copropietarios el adecuado uso de la finca (SAP de Salamanca de 16 de octubre de 1997), y en este sentido, la jurisprudencia ha señalado que para que prospere una acción de cesación por actividad molesta, esta debe reunir los siguientes requisitos, según la SAP de Salamanca de 4 de mayo de 2000, que recogen asimismo otras sentencias (SAP de Barcelona de 9 de octubre de 2015):

a) Que se dé una actividad: permanencia en la realización de los actos singulares (STS de 22 de diciembre de 1970).
b) Que la actividad sea incómoda, molesta para terceras personas que habiten o hayan de permanecer en algún lugar del inmueble en el que se desarrolle la actividad. Y ese sujeto pasivo debe ser personas concretas y determinadas (SSTS de 8 de abril de 1965, 30 de abril de 1966, 7 de octubre de 1964 y, 10 de abril de 1967).
c) Que la molestia sea notoria y ostensible; no basta una pequeña dificultad o trastorno, sino que se exige un daño de gravedad, una afectación de entidad a la pacífica convivencia jurídica que habrá que ponderar en cada caso concreto (SSTS de 8 y 20 de abril de 1965). Como completan las SSTS de 8 y 20 de abril de 1965: «La actividad ha de exceder y perturbar el régimen o estado de hecho usual y corriente en las relaciones sociales de manera notoria; evidencia y permanencia en la actividad (SSTS de 28 de febrero de 1964; 20 de abril de 1965; 8 de abril de 1965; 11 de mayo de 1998)».

Por lo tanto, habrá que comprobar en cada caso que la actividad de alquiler turístico produce molestias efectivas e importantes que superen lo que es normal dentro de una comunidad de propietarios (volvemos a relaciones de vecindad); «La calificación de una actividad como incómoda o molesta no ha de hacerse apriorísticamente, y solo por las características generales de la misma, sino atendiendo al modo de realizarse en cada caso o al modo de desarrollarse (STS de 16 de julio de 1993 y SAP de Madrid de 19 de julio de 2010)». Por eso, se requiere prueba concluyente y plena y convincente atendida la gravedad de la sanción (SSTS de 18 de mayo de 1994; 13 de mayo de 1995)[15].

Pues bien, el alquiler vacacional o turístico ha sido calificado como actividad molesta en varias sentencias recientes, y tiene su origen en la actividad de hospedaje y, aunque jurídicamente hablando discrepemos y no lo entendamos como tal, tiene muchas similitudes en cuanto a las molestias que dicha actividad puede producir. Veamos la evolución.

En primer lugar, y como recoge la jurisprudencia, de la actividad alojamiento turístico se derivan varias incomodidades o perturbaciones o molestias como son: «trasiego de mucha gente» (con un importante movimiento de turistas), se realiza un mal uso del ascensor (excesiva carga y continuas reparaciones), se producen «jaleos por la noche» (los ruidos y fiestas son habituales), con problemas de vandalismos (paneles de madera rotos a consecuencia de patadas y se ha tenido que colocar una protección de hierro), así como se desarrollan actividades incívicas (los ocupantes de los apartamentos pegaban patadas a las puertas y dejaban en los rellanos botellas, restos de comidas y preservativos)

con incidencias no habituales (pintadas en las paredes de la entrada y llamadas a otras puertas de vecinos), «habiéndose producido robos», como afirma entre otras la STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2012, que recoge asimismo la SJPI de Valencia de 6 de noviembre de 2014.

La jurisprudencia ha entendido tradicionalmente que el hospedaje es una actividad que puede resultar molesta en la Propiedad Horizontal. De este modo, y durante los años sesenta y setenta, existen varias sentencias[16], cuya doctrina principal recoge por fin la STS de 23 de noviembre de 1995, en la que se afirma que las actividades de hospedaje son actividades incómodas para la finca donde se instalan, y que ello supone un abuso de derecho, y que «es principio doctrinal en materia de propiedad horizontal, que los derechos de propiedad exclusiva y singular que cada propietario se otorga sobre un piso o local, deban interpretarse bajo el prisma de las limitaciones tendentes a lograr una convivencia normal y pacífica (relaciones de vecindad)»[17], doctrina que siguen las sentencias posteriores como la SAP de La Coruña de 16 de mayo de 1996 que afirma que el hospedaje supone unas molestias potenciales que exceden de las que la convivencia en un régimen de propiedad horizontal debe soportar[18]. Asimismo, comparten esta tesis la SSAP de Barcelona de 19 de mayo de 2009; 11 de marzo de 2010 y 12 de julio de 2011, basándose en el artículo 553-40. LCAT 2006[19], que coincide practicamente con el 7.2 LPH. Otras sentencias que califican a la hostelería u hospedaje como actividad molesta son la SAP de Las Palmas de 1 de julio de 2004; SSAP de Valencia de 30 de marzo de 2011 y 26 de julio de 2012, y la SJPI de Valencia de 6 de noviembre de 2015.

Y de forma mucho más cercana, y haciendo frente a los alquileres turísticos o vacacionales, encontramos otras sentencias que llegan a calificarlos como actividades molestas: En este sentido, la SAP de Tarragona de 23 de mayo de 2002, ya calificó a los apartamentos turísticos como actividad molesta, y más reciente, la SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2015 ha confirmado que la instalación de tres apartamentos turísticos en un bloque de propiedad horizontal es contraria a la convivencia normal de la comunidad, porque se ha probado que la explotación turística (en un edificio destinado a residencia) provoca unas molestias superiores a las de la normal convivencia por ruidos, trasiego constante de personas y cosas durante el día y la noche, suciedad en la escalera y patios, y llamadas equivocadas en los timbres[20].

La SJPI de Valencia de 6 de noviembre de 2014, recoge la doctrina de la SAP de Barcelona de 24 de noviembre de 2011 que a su vez menciona doctrina de la STS de 23 de noviembre de 1995, y concluye afirmando que la actividad de viviendas turísticas en un edificio de PH de carácter residencial es una actividad molesta, y además prohibida, aunque no conste como tal expresamente en los Estatutos, pero sí, cuando en ellos se establece que el edificio se destina a residencia, a vivienda, diferenciándolo de pisos[21]. Procede por tanto la acción de cesación, y ordena el cese de la actividad (que desde luego no puede caracterizarse como residencial, y difiere mucho de un arredramiento de temporada), y determina la indemnización de daños y perjuicios correspondiente, incluido el daño moral por falta de sueño y ansiedad.

Luego, podemos decir que son dos los motivos para poder interponer una acción de cesación contra las viviendas turísticas: a) que la actividad turística esté prohibida (expresamente en el estatuto o contravengan las disposiciones del título constitutivo o reglamento interno de forma unilateral y abusiva), o, b) porque se trate de una actividad molesta o incómoda.

Si procede la acción, se produce el cese de la actividad, y deberá ponerse fin al alquiler turístico sobre los elementos privativos implicados.

Es una medida costosa, pero puede ser eficaz si hay pruebas claras y precisas de dichas molestias.

Y además, la clara consideración de la actividad turística o alquiler vacacional como una actividad molesta por la jurisprudencia, unido a que se está produciendo cierta ampliación jurisprudencial de lo que debe considerarse actividad prohibida, considerando que lo es aquella que aun cuando no esté expresamente prohibida, se colija de un uso o utilización diferente del inmueble de aquel que está previsto en el título constitutivo, nos lleva a considerar que por la vía jurisprudencial se está buscando una vía de hecho, para que los copropietarios consigan «echar» al inquilino turista y poner fin a los alquileres vacacionales.

IV. ACCIONES PARA PONER FIN A LA ACTIVIDAD MOLESTA

Si resulta que tuviéramos argumentos suficientes para considerar que no se está realizando un uso normal del derecho de propiedad y que debe ponerse fin a esas actividades molestas ¿qué soluciones ofrece el ordenamiento para conseguir la convivencia pacífica entre los huéspedes, el propietario y los vecinos?

Es importante señalar que las posibles soluciones o acuerdos, se deberán establecer entre el propietario (que es quien ha dado un uso turístico a su propiedad) y el resto de copropietarios en la comunidad, pues los huéspedes, aunque son los actores reales, los perturbadores con sus acciones, no son sujetos jurídicamente relevantes en este conflicto, pues su relación esporádica con el inmueble va a hacer que cualquier acción frente a ellos sea infructuosa, ya que como dice MAGRO SERVET «porque en cualquier caso la relación de la comunidad no lo es jurídicamente con el inquilino, sino con el titular de ese inmueble y ello en cuanto a derechos y obligaciones»[22].

1. Interdicto posesorio de retener (art. 250.4 LEC)[23]

Si nos encontramos ante una perturbación del goce pacífico de la posesión, la acción que el ordenamiento jurídico nos ofrece es el interdicto de retener.

Es la acción propia de las molestias que superan la normal tolerancia en las relaciones de vecindad.

Esta acción se tramita por el juicio verbal, y procede cuando el poseedor material es molestado o inquietado en su derecho, con el fin de poner fin a dicha perturbación. En una acción que se basa en la posesión fáctica, en la que no se prejuzga el título en virtud del cual se posee, y procede siempre que el poseedor material y efectivo es molestado en su posesión.

Así las cosas, a esas molestias producidas por los huéspedes o usuarios de la vivienda turística (ruidos, falta de limpieza, desgaste zonas comunes), podría ponérseles fin de manera rápida a través de estos interdictos.

No hay que calificar el tipo de molestia, solo probarla.

Sin embargo, entendemos que esta acción rápida y sumaria no procedería o no sería útil a esta causa por lo siguiente: La legitimación pasiva corresponde a quien de hecho ha perturbado al poseedor. El que ha llevado a cabo la acción molesta o inquietante.

Y ahí reside la dificultad de esta acción: los huéspedes son muchos, están breve espacio de tiempo en la finca, no es solo la acción de uno de ellos la que provoca la molestia, si no la suma normalmente de las acciones de todos

ellos ¿A quién demandamos? ¿A quién obligaría la sentencia a poner fin a sus perturbaciones?

No cabe pensar en demandar al propietario mediante esta acción, porque solo procede contra quien perturbe de hecho. Lo que nos lleva a descartar su viabilidad en este caso concreto.

2. Acción de cesación artículo 7.2 LPH[24]

La acción de cesación prevista en el artículo 7.2 LPH[25], es la acción que tiene la Comunidad de propietarios (en propiedad horizontal) frente al propietario y ocupante de uno de los pisos, cuando se produzcan en ellos actividades prohibidas en los estatutos, o calificadas como molestas, insalubres, nocivas o ilícitas. La consecuencia de esta acción es conseguir el cese inmediato de la actividad molesta, e incluso puede significar la privación del uso de la vivienda o local y la extinción de los derechos del ocupante relativos a la vivienda y su lanzamiento.

Esta acción puede dirigirse desde luego contra el propietario molesto, pero también frente a los ocupantes del piso que no sean propietarios: arrendatarios, usufructuarios, comodatarios o convivientes, tal y como dispone claramente la dicción literal, que afirma que la acción se dirigirá frente a quien realice las actividades prohibidas (pero siempre se dirige la demanda al propietario y/o inquilino).

Pero, por motivos similares a los que nos han llevado a descartar el interdicto posesorio, entendemos que esta acción de cesación, solo cabría interponerla frente al propietario de la vivienda turística, y no frente a los huéspedes. ¿Por qué si son ellos los que realizan esas actividades molestas (ruido, suciedad)? Porque la brevedad de su uso, impide, a mi modo de ver, que pueda dirigirse una acción también frente a ellos, que ya habrán abandonado el piso y por lo tanto no se les puede ordenar el cese de su actividad, ni mucho menos en última instancia su lanzamiento, y porque probablemente sus acciones aisladamente consideradas no son tan molestas, o nocivas o insalubres. El artículo 7.2 LPH cuando habla de ocupantes está pensando en usuarios de larga duración: arrendatarios tradicionales, o usufructuarios, pero el huésped o usuario de vivienda turística no encaja como legitimado pasivamente. Es necesario que se haya producido una «actividad», y esto implica que sea continuada, con permanencia en el tiempo, descartándose así de esta acción molestias o perturbaciones esporádicas u ocasionales[26].

Luego ¿cómo utilizamos esta acción? Frente al propietario del piso. Y será procedente, claro, siempre que entendamos que al establecer sobre su piso un alojamiento de uso turístico, se está realizando una actividad prohibida, molesta, insalubre, nociva o ilícita.

Si conseguimos calificar a la actividad de alojamiento turístico como algún tipo de actividad prohibida, entonces procederá dicha acción, y se podrá reclamar al propietario el cese de la actividad que, en este caso, sería que deje de alquilar el inmueble con actividad turística.

V. CONCLUSIONES

I. El uso de un piso en propiedad horizontal es libre por parte del propietario o usuario, pero sometido a la vez a ciertas restricciones propias del entorno común en que se desenvuelve: la comunidad de propietarios, debiendo ser conforme a su naturaleza y respetuoso con los demás vecinos. Por eso, surgen las relaciones

de vecindad como una limitación dominical, que impiden al propietario ejercitar su derecho de forma abusiva, o provocando molestias que superen la normal tolerancia. La comunidad de propietarios derivada de una propiedad horizontal, por sus especiales circunstancias, al implicar el uso compartido de elementos comunes, genera muchos conflictos entre los vecinos que deben solucionarse atendiendo a las limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad.

II. Un alquiler vacacional o turístico supone la cesión onerosa y completa de un piso (elemento privativo), por breves especiaos de tiempos, con fines turísticos. La elevada rotación de huéspedes, junto con el uso intensivo de elementos comunes que los mismos generan, provoca molestias, y perturbaciones al resto de los copropietarios. Este tipo de alquileres se está convirtiendo en un grave problema de nuestras ciudades y centros históricos, por las molestias que generan entre la comunidad, a los que se pretende poner fin.

III. La acción de cesación sería la acción adecuada para acabar con dichas molestias, siempre que la actividad sea calificada como prohibida, molesta, nociva o peligrosa.

IV. Los presupuestos de los que partimos para ello serían:

a) La actividad molesta es el alquiler vacacional, el conjunto de sucesivos arrendamientos o cesiones breves en su totalidad; no cada cesión individualmente considerada.
b) La acción se dirige contra el propietario arrendador; no contra el inquilino concreto.
c) La acción debe ser calificada como molesta.

V. Y en relación a esto último, para que el alquiler vacacional sea una actividad molesta debe reunir los requisitos que la jurisprudencia ha delimitado sobre las actividades molestas: permanencia, incómoda para terceros concretos (los copropietarios), y notoria y ostensible, además de que debe probarse en cada caso concreto.

VI. Por lo tanto, cuando el alquiler vacacional produzca perturbaciones o incomodidades que permanezcan en el tiempo, y alteren la pacífica convivencia y posesión por parte del resto de copropietarios, entendemos que la Comunidad de propietarios estará legitimada para interponer esta acción, que traerá como consecuencia el fin de la misma.

VII. En definitiva, para poner fin a esos alojamientos colaborativos o turísticos, hay que acudir a una solución judicial, complicada, cara y que puede extenderse en el tiempo, pero solución al fin y al cabo para conseguir echar al turista molesto.

VI. RELACIÓN DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo

- STS de 28 de febrero de 1964
- STS de 7 de octubre de 1964
- STS de 8 de abril de 1965
- STS de 20 de abril de 1965
- STS de 30 de abril de 1966
- STS de 10 de abril de 1967

- STS de 13 de junio de 1967
- STS de 14 de junio de 1968
- STS de 2 de junio de 1970
- STS de 22 de diciembre de 1970
- STS de 16 de julio de 1993
- STS de 18 de mayo de 1994
- STS de 13 de mayo de 1995
- STS de 23 de noviembre de 1995
- STS de 5 de marzo de 1998
- STS de 11 de mayo de 1998
- STS de 21 de julio de 2003
- STS de 27 de noviembre de 2008

Audiencias Provinciales

- SAP de Granada de 19 de abril de 1975
- SAP de Granada de 7 de febrero de 1976
- SAP de Oviedo de 12 de abril de 1976
- SAP de La Coruña de 16 de mayo de 1996
- SAP de Salamanca de 16 de octubre de 1997
- SAP de Salamanca de 4 de mayo de 2000
- SAP de Tarragona de 23 de mayo de 2002
- SAP de Las Palmas de 1 de julio de 2004
- SAP de Barcelona de 19 de mayo de 2009
- SAP de Barcelona de 11 de marzo de 2010
- SAP de Madrid de 19 de julio de 2010
- SAP de Valencia de 30 de marzo de 2011
- SAP de Barcelona de 12 de julio de 2011
- SAP de Barcelona de 24 de noviembre de 2011
- SAP de Valencia de 26 de julio de 2012
- SAP de Barcelona de 13 de febrero de 2015
- SAP de Barcelona de 9 de octubre de 2015

Tribunal de Primera Instancia

- SJPI de Madrid de 6 de noviembre de 2014
- SJPI de Valencia de 6 de noviembre de 2015

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M. (1983). Las relaciones de vecindad. *ADC*, vol. 36, núm. 2, 1983, 357-395.

DÍEZ PICAZO, L. (2012). *Sistema de Derecho civil* III, tomo 1. Madrid: Tecnos.

GARCÍA, J.M. (2015). La problemática de los pisos de uso turístico. Disponible en https://www.nuevosvecinos.com/blog/18-la-problematica-de-los-pisos-de-uso-turistico (ultima visita, 8 de noviembre de 2017).

HERNÁNDEZ GIL, A. (1985) *Las relaciones de vecindad en el Código Civil,* Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

IHERING (VON), R. (1863). Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers im Interesse des Nachbarn. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigan römischen und deutschen Privatrechts, VI.

Informe EXCELTUR (2015). Alojamiento turístico en viviendas de alquiler: Impactos y retos asociados. Impactos sociales y económicos sobre los destinos españoles derivados del exponencial aumento del alquiler de viviendas turísticas de corta duración, impulsado por los nuevos modelos y canales de comercialización P2P, 24 de junio de 2015. Disponible en http://www.exceltur.org/monograficos8/

LACRUZ BERDEJO, J.L. (2000). *Elementos de Derecho Civil*, III, vol I. Madrid: Dykinson.

MAGRO SERVET, V. (2012). Problemas y soluciones ante arrendatarios en las comunidades de propietario. *Boletín Contratación Inmobiliaria,* 1 de octubre de 2012. Disponible en http://www.elderecho.com/observatorio/comunidadespropietarios/Problemas-soluciones-arrendatarios-comunidades-propietarios_11_465055002.html. (última visita 8 de noviembre de 2017).

— (2016). La acción de cesación en el régimen de la Propiedad Horizontal. *Diario La Ley, Práctica de Tribunales* núm. 120, mayo-junio. 1-7.

NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A. (1996). *Inmisiones y molestias medioambientales*. *Tutela preventiva civil.* Madrid: Dykinson.

SAN CRISTÓBAL REALES, S. (2009). El juicio para la cesación de actividades prohibidas en el ámbito de la propiedad horizontal. *Anuario Jurídico Escurialenses,* XLII, 2009, 61-84.

NOTAS

[1] Sobre las relaciones de vecindad como limitaciones dominicales, véase: ALONSO PÉREZ, M. (1983). Las relaciones de vecindad. *ADC*, vol. 36, núm. 2, 1983, 357; NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A. (1996). *Inmisiones y molestias medioambientales*. *Tutela preventiva civil.* Madrid: Dykinson; HERNÁNDEZ GIL, A. (1985) *Las relaciones de vecindad en el Código Civil,* Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

[2] MAGRO SERVET, V. (2012). Problemas y soluciones ante arrendatarios en las comunidades de propietario, *Boletín Contratación Inmobiliaria», 1 de octubre de 2012*. Disponible en http://www.elderecho.com/observatorio/comunidadespropietarios/Problemas-soluciones-arrendatarios-comunidades-propietarios_11_465055002.html.

[3] ULPIANO (D.8,5, 8,5 y 6), y (D. ·9, 3,3,pn), afirmaba como el dueño de una quesería no puede emitir sobre los vecinos los humos de la fabricación de los quesos, o el propietario de un fundo no puede evacuar las aguas polucionadas sobre fundos interiores.

[4] IHERING, (VON), R. (1863). Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers im Interesse des Nachbarn, en Jahrbücher für die Dogmatik des heutigan römischen und deutschen Privatrechts, VI, 81 y sigs.

[5] LACRUZ BERDEJO, J.L. (2000). *Elementos de Derecho Civil, III,* vol I. Madrid: Dykinson, 269.

[6] DÍEZ PICAZO, L. (2012). *Sistema de Derecho civil* III. Madrid: Tecnos. Entiende que esa normal tolerancia debe ponerse en conexión con el abuso del derecho del artículo 7.2 del Código Civil «Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto, o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

[7] LACRUZ BERDEJO, J.L., *ob. cit.,* 271.

[8] Art. 5.e) LAU Artículo 5 Arrendamientos excluidos

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley

- a) El uso de las viviendas que los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios, tengan asignadas por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten.
- b) El uso de las viviendas militares, cualquiera que fuese su calificación y régimen, que se regirán por lo dispuesto en su legislación específica.
- c) Los contratos en que, arrendándose una finca con casa-habitación, sea el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal del predio la finalidad primordial del arrendamiento. Estos contratos se regirán por lo dispuesto en la legislación aplicable sobre arrendamientos rústicos.
- d) El uso de las viviendas universitarias, cuando estas hayan sido calificadas expresamente como tales por la propia Universidad propietaria o responsable de las mismas, que sean asignadas a los alumnos matriculados en la correspondiente Universidad y al personal docente y de administración y servicios dependiente de aquella, por razón del vínculo que se establezca entre cada uno de ellos y la Universidad respectiva, a la que corresponderá en cada caso el establecimiento de las normas a que se someterá su uso.
- 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.

[9] En este sentido, GARCÍA, J.M. (2015). La problemática de los pisos de uso turístico. Disponible en https://www.nuevosvecinos.com/blog/18-la-problematica-de-los-pisos-de-uso-turistico, (última visita, 8 de noviembre de 2017); MAGRO SERVET, V. (2012). Problemas y soluciones ante arrendatarios en las comunidades de propietario, *ob. cit*.

[10] No se contempla la posibilidad de cesión parcial del inmueble, primero porque lo excluye la ley, y en segundo lugar porque las molestias ocasionadas suelen ser mucho menores, ya que en este caso, la cohabitación con el dueño impide que esos ruidos, o molestias se manifiesten, al estar bajo su vigilancia y control.

[11] Informe Exceltur: «Alojamiento turístico en viviendas de alquiler: Impactos y retos asociados». Impactos sociales y económicos sobre los destinos españoles derivados del exponencial aumento del alquiler de viviendas turísticas de corta duración, impulsado por los nuevos modelos y canales de comercialización P2P», 24 de junio de 2015. Disponible en http://www.exceltur.org/monograficos8/

[12] Art. 7.2 LPH:

2. «Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

El presidente de la Comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice las actividades prohibidas por este apartado la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes.

Si el infractor persistiere en su conducta el presidente, previa autorización de la Junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, podrá entablar contra él acción de cesación que, en lo no previsto expresamente por este artículo, se sustanciará a través del juicio ordinario.

Presentada la demanda, acompañada de la acreditación del requerimiento fehaciente al infractor y de la certificación del acuerdo adoptado por la Junta de propietarios, el juez podrá acordar con carácter cautelar la cesación inmediata de la actividad prohibida, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Podrá adoptar asimismo cuantas medidas cautelares fueran precisas para asegurar la efectividad de la orden de cesación. La demanda habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local.

Si la sentencia fuese estimatoria podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad. Si el infractor no fuese el propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento».

[13] La SAP de Valencia de 10 de junio de 1999 sostiene que «se puede entender por dañosa, toda aquella actividad que produce o puede producir un daño o perjuicio a la finca; como inmoral, aquella que atenta contra los principios morales vigentes en la sociedad en un momento dado; como peligrosa, la que puede suponer un riesgo potencial o real contra la finca o sus moradores; como incómoda, aquella que determinaría molestias a sus moradores, por falta de comodidad o alteración del ritmo ordinario de la convivencia; y como insalubre, la que atenta contra la salud de los restantes vecinos por sus condiciones malsanas o antihigiénicas. El supuesto que se da con mayor frecuencia es el de actividades incómodas, por la amplitud de su concepto, incluyendo en su seno conductas de todo tipo, tanto referidas a actividades negociables como individuales».

[14] SAN CRISTÓBAL REALES, S. (2009). El juicio para la cesación de actividades prohibidas en el ámbito de la propiedad horizontal. *Anuario Jurídico Escurialenses,* XLII, 66.

[15] La jurisprudencia ha entendido que son actividades molestas situaciones bien dispares: las desarrolladas por bares de copas, academias o consultas médicas; la música y ruidos hasta altas horas de la noche; instalación de hornos de los que salen vapores, humos u olores; afluencia masiva de personas si es constante, la instalación de oficinas o centro docente. Y no han sido consideradas como molestas la instalación de una funeraria, de una casa regional, una guardería infantil…

[16] SSP Granada de 19 de abril de 1975; 7 de febrero de 1976; Oviedo de 12 de abril de 1976; y luego SSTS de 13 de junio de 1967; 14 de junio de 1968; 28 de febrero de 1964; 20 de abril de 1965; 8 de abril de 1965; 11 de mayo de 1998.

[17] En el caso de esta sentencia, se destinaban —en un edificio de propiedad horizontal de 14 pisos destinado a vivienda—, tres pisos a hostal, con obras correspondientes, instalación de conserjería, modificación de patios etc. Se dan por probado que del título constitutivo más estatuto privados solo se podían destinar actividades de industria o negocio, el sótano y planta baja, y que se producían molestias e incomodidades para el reto de los vecinos: desorden de horarios de entrada y salida del edificio, uso intensivo de la luz, escaleras y ascensor.

[18] En concreto: uso intensivo ascensor, ocupación portal con maletas y bultos, frecuente entradas y salidas de personas, aumento gastos consumo luz y reparaciones ascensor, puerta del inmueble abierta.

[19] Artículo 553-40 Prohibiciones y restricciones de uso de los elementos privativos y comunes.

1. Los propietarios y los ocupantes no pueden hacer en los elementos privativos, ni en el resto del inmueble, actividades contrarias a la convivencia normal en la comunidad o que dañen o hagan peligrar el inmueble. Tampoco pueden llevar a cabo las actividades que los estatutos, la normativa urbanística o la ley excluyen o prohíben de forma expresa.

2. La presidencia de la Comunidad, si se hacen las actividades a que se refiere el apartado 1, por iniciativa propia o a petición de una cuarta parte de los propietarios, debe requerir fehacientemente a quien las haga que deje de hacerlas. Si la persona requerida persiste en su actividad, la junta de propietarios puede ejercer contra los propietarios y ocupantes del elemento privativo la acción para hacerla cesar, que debe tramitarse de acuerdo con las normas procesales correspondientes. Una vez presentada la demanda, que debe acompañarse del requerimiento y el certificado del acuerdo de la Junta de propietarios, la autoridad judicial debe adoptar las medidas cautelares que considere convenientes, entre las cuales, el cese inmediato de la actividad prohibida.

3. La Comunidad tiene derecho a la indemnización por los perjuicios que se le causen y, si las actividades prohibidas continúan, a instar judicialmente la privación del uso y disfrute del elemento privativo por un periodo que no puede exceder de dos años y, si procede, la extinción del contrato de arrendamiento o de cualquier otro que atribuya a los ocupantes un derecho sobre el elemento privativo.

Capítulo III del título V redactado por el artículo 1 de la Ley [CATALUÑA] 5/2015, 13 de mayo, de modificación del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales («DOGC» 20 de mayo).Vigencia: 20 de junio de 2015.

[20] Intenta definir las actividades molestas, con base en los artículos 553-40 y 47 de Código Civil catalán y afirma que: «És evident que definir què són «activitats contràries a la

convivència normal» es presta a discussió. És un dels tants conceptes jurídics indeterminats que són difícils de definir a la pràctica. Té molta importància interpretar el sentir social, o tractar d'interpretar-ho, en la mesura en que es pugui. Creiem que a la majoria de la població no li resultaria indiferent en absolut el fet que en el lloc on hi ha l'habitatge propi existeixin, també, apartaments turístics. L'ús turístic és diferent de l'ús convencional com a habitatge, quantitativament i qualitativa. Per això creiem que la majoria de la població no voldria tenir apartaments turístics en el seu edifici. Perquè les activitats turístiques alterarien la «convivència normal». Y continua afirmando que los apartamentos turisiticos son uan actividad molesta del 553-40: «L'activitat turística en un edifici és contrària a la convivència normal en el immoble, que és el que no permet l'article 553-40.1», y termina «En conclusió, els fets provats exposats en el tercer fonament de dret d'aquest resolució evidencien el desenvolupament pels propietaris demandats d'una activitat d'explotació turística que no s'adiu amb la convivència normal en la comunitat, atès el seu inevitable impacte sobre els usos i costums dels ocupants permanents de l'immoble, bàsicament residencial». Muy parecido también, recogiendo la evolución jurisprudencial a este respecto, encontramos la SAP de Barcelona 9 de octubre de 2015.

[21] Recoge la doctrina de la STS de 23 de noviembre de 1995: La respuesta debe ser negativa, pues *conforme* STS de 23 de noviembre de 1995 *(RJ* 1995, 8898) «Así las cosas, no parece en este caso concreto que la expresión de destino a viviendas de los pisos de las plantas altas fuera utilizada en acepción genérica y usual equivalente a piso o departamento singular, como entiende el Juzgador de Instancia, no puede olvidarse que en las mencionadas escrituras notariales se hace una clara y cuidada diferenciación entre piso, concepto genérico, y vivienda, locución específica y que son los propios demandados quienes al otorgar ellos solos la escritura de constitución de régimen de división horizontal especifican el destino de las plantas altas a viviendas, término que, como señala la sentencia del TS de 2 de junio de 1970, de acuerdo con el diccionario oficial de la lengua significa morada, habitación, hogar, y que por venir gramaticalmente establecido en el título constitutivo, la expresión "destino a vivienda", excluye cualquier otro destino, a salvo que en cada caso concreto pueda conjugarse, sin alterar su sustancia, con otras actividades accesorias. Pero hay más, la industria de hospedaje que instalaron los demandados en el edificio de la litis, resta mucho de ser la acogida de huéspedes en la propia vivienda o la modesta pensión que en ocasiones pudiera entenderse encuadrada en la finalidad de habitación o morada, …». Asimismo la STA, citada por la apelada, de 27 de noviembre de 2008 *(RJ* 2008, 6069) : «El artículo 7.2, según la redacción dada por la Ley 8/99 (RCL 1999, 879), de reforma parcial de dicho cuerpo legal, establece tres diferentes supuestos de actividades no permitidas a los propietarios y ocupantes del piso o local: las prohibidas en los estatutos; las que resulten dañosas para la finca y las que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. La remisión que el artículo hace a los estatutos no supone que por su ausencia se vacíe de contenido la norma. La prohibición no es materia propia y exclusiva de los estatutos que tienen carácter facultativo y no obligatorio y no son necesarios en la vida de la Comunidad, conforme al artículo 5 de la Ley de [SSTS de 5 de marzo de 1998 ; 21 de julio de 2003 *(RJ* 2003, 5846)], por lo que su falta hace viable el Título Constitutivo en el que se pueden establecer disposiciones "en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales", según el párrafo 3 del artículo 5.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, e incluso imponer prohibiciones expresas respecto a concretas y específicas actividades no queridas por los copropietarios del edificio».

[22] MAGRO SERVET, C. (2012) Problemas y soluciones ante arrendatarios en las comunidades de …, *ob. cit.,* 1.

[23] Realmente denominadas acciones «que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute». (art. 250.4 LEC).

[24] Sobre la acción y procedimiento acción cesación, veas. SAN CRISTÓBAL REALES, S. (2009). El juicio para la cesación de actividades prohibidas en el ámbito de la propiedad horizontal, *ob. cit.,* 61-84; MAGRO SERVET, V. (2016). La acción de cesación en el régimen de la Propiedad Horizontal. *Diario La Ley, Práctica de Tribunales* núm. 120, mayo-junio. 1-7.

[25] 2. Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

El presidente de la Comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice las actividades prohibidas por este apartado la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes.

Si el infractor persistiere en su conducta el presidente, previa autorización de la Junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, podrá entablar contra él acción de cesación que, en lo no previsto expresamente por este artículo, se sustanciará a través del juicio ordinario.

Presentada la demanda, acompañada de la acreditación del requerimiento fehaciente al infractor y de la certificación del acuerdo adoptado por la Junta de propietarios, el juez podrá acordar con carácter cautelar la cesación inmediata de la actividad prohibida, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Podrá adoptar asimismo cuantas medidas cautelares fueran precisas para asegurar la efectividad de la orden de cesación. La demanda habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local.

Si la sentencia fuese estimatoria podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad. Si el infractor no fuese el propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento.

[26] MAGRO SERVET, V. (2016). La acción de cesación en Propiedad Horizontal, *ob. cit.,* 3.

1.4. Sucesiones

Revisión y análisis crítico sobre la libertad para testar y el Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio

Review and analysis on freedom to test criticand the regulation (EU) 650/2012, 4th of July

por

FERNANDO CAROL ROSÉS*

Abogado. DEA

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales UNED

RESUMEN: Como consecuencia de la globalización y de la libre circulación de personas, las sucesiones se han internacionalizado, lo que ha propiciado que la UE mediante el Reglamento 650/2012, de 4 de julio, haya establecido, para regir la sucesión, un sistema de resolución de conflictos sobre el punto de conexión supletorio de la residencia habitual en el momento del fallecimiento. Mediante el ejercicio de la *professio iuris* el testador puede alterar el punto de conexión y desplazarlo hacia la nacionalidad lo que le permitirá que su libertad en sentido positivo, que su libertad como autonomía en el momento de otorgar el testamento acabe realizándose al haber fijado de antemano la ley por la que se regirá la sucesión; también le supondrá una mayor libertad en sentido negativo, libertad como ausencia de interferencias si la ley de su nacionalidad la comporta.

ABSTRACT: As a result of globalization and the free movement of persons, successions have been internationalized, What has led to the EU through the regulation 650/2012, 4th of July, has established to govern the succession, a system of conflict resolution on the connection point transducer of habitual residence at the time of the death. By the professio iuris exercising the testator can alter the connection point and move it to the nationality which will allow you to their freedom in a positive sense, their freedom as autonomy at the time of granting the Testament ends up doing by having set in advance the law that will be governed the succession; also will allow you, in his case, opting for the nationality law If this comport a greater freedom in the negative sense, liberty as the absence of interferences.

PALABRAS CLAVE: Libertad para testar. *Professio iuris*. Libertad de testar.

KEY WORDS: Freedom to test. Professio iuris. Free test.

---

* Agradezco al Catedrático de Derecho civil, Carlos LASARTE ÁLVAREZ, su magisterio. Y a la Profesora Titular de Derecho civil del Departamento de Derecho civil, M.ª Fernanda MORETÓN SANZ su inestimable ayuda y colaboración en esta trayectoria investigadora.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR: LA LEY PERSONAL Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE SUCESIONES.—II. SUPUESTOS ESPONTÁNEOS: LOS DERECHOS DEL CÓNYUGE SUPERSTITE: 1. Aproximación normativa. 2. El Reglamento 650/2012, de 4 de julio, del Parlamento europeo y del Consejo (DOUE de 21 de julio de 2012).—III. LAS SUCESIONES TRANSFRONTERIZAS: 1. Punto de conexión: la residencia habitual. 2. La unidad sucesoria. 3. Consecuencias de la elección de la ley y la protección de las personas en situación de vulnerabilidad. 4. La libertad de testar y la autonomía sucesoria. 5. Libertad de testar y paraísos hereditarios. 6. Vertientes de la autonomía privada en el ámbito sucesorio internacional. 7. Las sucesiones de extranjeros con inmuebles en España.—III. EXCEPCIÓN EN PRO DE LA *LEX REI SITAE:* LA TRONCALIDAD FORAL VASCA Y ARAGONESA.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA. —VI. RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR: LA LEY PERSONAL Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE SUCESIONES

Otra manifestación de la libertad para testar, aparece en el ámbito del Derecho Internacional Privado, donde hasta ahora los conflictos se resolvían apelando a la Ley personal y, en su caso, al ordenamiento jurídico competente[1]. La ligazón del Derecho de sucesiones a la historia propia de cada país, hacía de él una disciplina poco proclive a la homogeneización, si bien la internacionalización de las sucesiones consecuencia de la globalización y de la libre circulación de personas ha propiciado un decidido cambio de rumbo normativo, no solo en el sistema procesal y reconocimiento recíproco, sino en los ordenamientos sustantivos de los Estados Miembro de la Unión Europea.

Qué duda cabe, que en este proceso de armonización u homogeneización la presencia de conflictos abordados por el Tribunal de Estrasburgo ha guiado las reformas más incisivas en el Derecho de sucesiones de los Estados Miembro del Consejo de Europa, mediante la aplicación de los principios de no discriminación (art. 14 CEDH) y respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)[2].

II. SUPUESTOS ESPONTÁNEOS: LOS DERECHOS DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

1. Aproximación normativa

Una cierta armonización espontánea se observa en los derechos del cónyuge supérstite con una tendencia a pasar del usufructo a la plena propiedad y a incrementar la porción en detrimento de los hijos, y en la legítima de los hijos como una manifestación de la solidaridad intergeneracional, siendo comúnmente extendida la pregunta acerca de la constitucionalidad o no de la supresión de las legítimas, así como el interés creciente por la protección del testador vulnerable, los contratos sucesorios como límite a la libertad de testar y el alcance de las liberalidades *inter vivos*.

Para todo ello se tiende a aproximar soluciones[3] —acercamiento que corresponderá en principio a la soberanía estatal de los Estados Miembro[4] a través de los distintos Códigos[5]—, lo que hace que cuando mencionamos al Derecho privado europeo nos estemos refiriendo tanto al Derecho de la Unión Europea

como a los principios comunes de los distintos Derechos privados de los Estados Miembro y a las normas de Derecho internacional privado[6], «por todo ello, se ha hablado de una re-europeización o de un nuevo *ius commune* que haría referencia en un primer momento a la profundización de una cultura jurídica europea que podría derivar en un futuro hacia una armonización normativa en Europa» y «la constatación de la existencia de principios comunes en Derecho sucesorio europeo pone de relieve una sólida base para su armonización»[7], sobre la idea de una unidad jurídica que ya existió[8].

Con todo, y como declara el Profesor López y López, sostener la realidad de una tradición común es inexacto «porque ignora los diferentes modos nacionales, a veces profundamente diferentes, de entender la tradición romanística, a lo que se debe añadir que hay puntos centrales del Derecho privado en los que las variantes de las fundaciones normativas nacionales del mismo son profundamente distintas», aunque con ello «no se pretende desmentir en modo alguno la enorme potencia unificadora de la tradición romano-canónica en el arsenal conceptual y en el *ordo mentis* de los juristas europeos, sino ajustar sus reales dimensiones en la efectividad de los ordenamientos singulares, y mostrar que el *acquis commun* no se puede equiparar al *ius commune*. Cuando se habla del Derecho Privado Europeo como *ius commune europeum* lo podemos aceptar como un tropo cuasi poético, pero poco más. A mi modo de ver, solamente en un campo concreto se puede hablar (y no sin excepciones) de una extensa y penetrante cultura jurídica europea común, de sello fundamentalmente romanístico, el del Derecho general de las obligaciones»[9].

No obstante, no le faltaba razón a Walter HALLSTEIN cuando hablaba de «Europa como Comunidad de Derecho»[10], habiéndose referido recientemente Antonio TAJANI a la Unión Europea como «fruto de una Comunidad de Derecho»[11]. Uno de esos principios comunes, tal vez el más importante, que se encuentra en la raíz misma de la cultura jurídica europea, es la libertad de testar —como podremos constatar cuando observemos el Derecho comparado—, que trae causa directa del *ius commune* y del Derecho romano[12].

2. El Reglamento 650/2012, de 4 de julio, del Parlamento europeo y del Consejo (DOUE de 21 de julio de 2012)

Enorme transcendencia tiene el Reglamento 650/2012, de 4 de julio, del Parlamento europeo y del Consejo (DOUE de 21 de julio de 2012). Conforme al artículo 84 entró en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE, sin embargo es aplicable a las sucesiones abiertas a partir del 17 de agosto de 2015. Esta distinción entre entrada en vigor y aplicabilidad ha sido explicada por el TJUE en los siguientes términos: «Este mecanismo permite en particular que, una vez la norma ha entrado en vigor y ha quedado integrada así en el ordenamiento jurídico de la Unión, los Estados miembros y las instituciones de la Unión cumplan basándose en dicha norma, las obligaciones previas que les incumban y que se revelen indispensables para la plena aplicación posterior de la misma a todos los sujetos de Derecho a los que esté destinada» (STJUE de 17 de noviembre de 2011, C-412/10, FJ 24) [13].

Se trata de un Reglamento que pretende resolver los conflictos de leyes y de competencia y lograr el reconocimiento mutuo y la ejecución de resoluciones en materia de sucesiones, y resolver los problemas adicionales que generan las sucesiones transfronterizas[14]. Supone el Reglamento un cambio más que

notable en relación con la situación anterior que exigirá una adaptación del Código Civil, es decir, normas que se dejarán de aplicar[15] en virtud del principio de primacía[16].

De conformidad con el artículo 1, el RES se aplica a las sucesiones por causa de muerte y el artículo 3.1 entiende por tal «cualquier forma de sucesión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión abintestato».

«No será aplicable a las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas» (art. 1.1)[17].

Tampoco será aplicable, entre otras:

— Al estado de las personas y a las relaciones familiares (art. 1.2 a).
— A la capacidad jurídica de las personas físicas, con dos excepciones: la capacidad para suceder que se incluye dentro del ámbito de la ley sucesoria (art. 23.2c), y la capacidad para realizar disposiciones *mortis causa* que se rige por la ley relativa a la validez material de las disposiciones (arts. 24 y 25) (art. 1.2 b).
— A «las cuestiones relativas a la desaparición, la ausencia o la presunción de muerte de una persona física» (art. 1.2 c).
— Al régimen económico matrimonial (art. 1.2 d), que tiene su propio Reglamento, el 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016.
— A «las obligaciones de alimentos distintas de las que tengan su causa en la muerte» (art. 1.2 e), que son objeto del Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008[18], refiriéndose por lo que respecta a la ley aplicable al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias[19]. A fin y efectos de lo que en nuestra tesis propugnamos que no es otra cosa que la sustitución de la legítima por una obligación de alimentos transmitida *mortis causa*, conviene traer a colación lo que señala GONZÁLEZ BEILFUSS en relación con la transmisibilidad *mortis causa* de las obligaciones alimenticias desde el punto de vista del DIPr: «Es la ley rectora de la obligación de alimentos, determinada conforme a este instrumento [Reglamento 4/2009], la que establece si la obligación de alimentos subsiste al fallecimiento de su deudor. En caso de que así fuere, el acreedor podrá dirigirse, como todo otro acreedor del causante contra la herencia o los herederos, correspondiendo, no obstante, a la ley rectora de la sucesión la determinación de las condiciones para hacer efectivo el derecho», y sigue esta autora diciendo que «algunos ordenamientos jurídicos, como, por ejemplo, el inglés, prevén, que el fallecimiento de una persona pueda generar una obligación de alimentos a cargo de la herencia. La *family provision* es un equivalente funcional de la legítima y tiene como función la protección de familiares y personas económicamente dependientes del difunto. Se caracteriza por no ser una obligación personal del difunto, sino por surgir como consecuencia del fallecimiento (*obligación postmortem*). De acuerdo con lo previsto en el artículo 23 h) del Reglamento se rige por la *lex successionis* pues el ámbito de esta comprende a las "reclamaciones que personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o los herederos"»[20].
— A «la validez formal de las disposiciones *mortis causa* hechas oralmente» (art. 1.2 f), que se sujetará al DIPr del foro. Habrá que tener presente el Convenio de La Haya de 1961 sobre la validez formal de las disposiciones testamentarias.

— A las transmisiones por título distinto del sucesorio como «liberalidades, propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite, planes de pensiones, contratos de seguros y transacciones de naturaleza análoga» (art. 1.2 g). Aquí cabe incluir la adquisición de bienes a título oneroso con pacto de supervivencia del Derecho catalán (art. 231.15 CCCat).
— A «las cuestiones que se rijan por la normativa aplicable a las sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas…» artículo 1.2 h). No obstante, la transmisión *mortis causa* de acciones y participaciones sociales se rige por la *lex successionis*.
— A «la creación, administración y disolución de trusts» (art. 1.2 j). Ante todo es preciso definir el trust. Para ello acudimos al artículo 2 del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 (no ratificado por España) sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento, que lo describe como «relaciones jurídicas creadas —por acto *inter vivos* o *mortis causa*— por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un «trustee» en interés de un beneficiario o con un fin determinado». Al no contener en DIPr español normas sobre la materia podemos afirmar que se trata de una cuestión no resuelta. «Resulta claro que la inexistencia de norma específica de conflicto en derecho español determinante de cuál sería el derecho material aplicable a la figura ha de suplirse acudiendo a la norma de conflicto propia de la sucesión *mortis causa* que, contenida en el artículo 9.8 del Código Civil, remite al derecho representado por la Ley nacional del causante» [STS núm. 338/2008, de 30 de abril, *(RJ* 2008, 2685) FD 4º]. «Ha de distinguirse, por otra parte, entre la norma rectora del *trust* y la norma aplicable a la transmisión patrimonial que crea el *trust*. Si la transmisión se produce a raíz del fallecimiento del constituyente del *trust* debe regirse por la ley sucesoria […] En caso de que se hubiera atentado contra la legítima podría caber la reducción del *trust*, tal y como cabe respecto a las donaciones y otras liberalidades. Son, por consiguiente, plenamente aplicables los artículos 23. H) e i)»[21].

El Reglamento no contiene normas de Derecho material, salvo en relación con la comoriencia (art. 32), la sucesión vacante (art. 33) o la adaptación de los derechos reales previstos en la ley sucesoria desconocidos allí donde se invocan (art. 31). «El Reglamento no pretende, por consiguiente, la armonización del Derecho de sucesiones europeo, entre otras cosas, porque la Unión Europea carece de competencia para ello. Cuestión distinta es el posible efecto indirecto del Reglamento, que, como toda norma de DIPr., se inspira en determinados valores materiales, concretamente, en la libertad de testar y el respeto a la autonomía de las partes»[22]. Esto último queda patente con la *professio iuris*[23]. Lo que sí hace el Reglamento es uniformizar los Derechos Internacionales Privados de los Estados Miembro[24].

III. LAS SUCESIONES TRANSFRONTERIZAS

Ante el fenómeno de las sucesiones transfronterizas cabían dos posibilidades:

— Una sola ley cualquiera que fuera la naturaleza de los bienes que integraban la herencia y cualquiera que fuera el Estado en el que se encontraran. Esta era la posición de España, Alemania, Portugal, Países Bajos, entre

otros. El punto de conexión era para unos la ley nacional del causante y para otros la ley de la residencia del mismo al tiempo del fallecimiento.
— Una ley para los bienes inmuebles y otra para los muebles. Este era el sistema de Francia, Bélgica, Reino Unido, etc.

La solución que ofrece el Reglamento es la siguiente:

— Una sola ley aplicable a todo el fenómeno sucesorio[25].
— Posibilidad de elegir la ley nacional del causante. A esta posibilidad de elegir se le llama *professio iuris*[26]. No olvidemos que uno de los objetivos del RES es que «los ciudadanos puedan organizar su sucesión» (Considerando 7º del Preámbulo).

1. Punto de conexión: la residencia habitual

El Reglamento establece como punto de conexión la residencia habitual del causante[27], así el artículo 21.1 dice: «Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento»[28], o la que hubiere elegido en virtud de la *professio iuris* (cfr. art. 23.1). El punto de conexión de la última residencia habitual seguramente obedece a que se considera que allí se encontrarán la mayor parte de activo de la herencia, los acreedores y los herederos, las relaciones patrimoniales y las relaciones familiares.

La posibilidad de elección se contempla en el artículo 22.1: «Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento». No cabe optar por la residencia habitual. La residencia habitual es el punto de conexión supletorio.

2. La unidad sucesoria

Según el artículo 23 RES, que junto con el artículo 21 consagra el principio de unidad sucesoria[29], «1. La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión.

1. Dicha ley regirá, en particular:

a) las causas, el momento y el lugar de apertura de la sucesión;
b) la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites;
c) la capacidad para suceder;
d) la desheredación y la incapacidad de suceder por causa de indignidad;
e) la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado;

f) las facultades de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la herencia, en particular en orden a la venta de los bienes y al pago de los acreedores, sin perjuicio de las facultades contempladas en el artículo 29, apartados 2 y 3;
g) la responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia;
h) la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de disposición *mortis causa*, así como las reclamaciones que personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o los herederos[30];
i) la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios[31], y
j) la partición de la herencia».

El artículo 24 en su apartado 1º establece que «las disposiciones *mortis causa* distintas de los pactos sucesorios se regirán, por lo que respecta a su admisibilidad y validez material, por la ley que, en virtud del presente Reglamento, habría sido aplicable a la sucesión del causante si este hubiese fallecido en la fecha de la disposición», no obstante, en su apartado 2º permite que el testador pueda escoger, como ley que rija la admisión y validez de su disposición *mortis causa*, su propia ley nacional, tal como hace el artículo 22 respecto a la ley que regule la sucesión, y en las mismas condiciones que dicho artículo establece.

La ley que rija los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*, regulará (art. 26.1):

a) La capacidad del disponente para testar.
b) Las causas específicas que impidan al testador disponer a favor de determinadas personas o que impidan a una persona recibir bienes sucesorios de aquel.
c) La admisibilidad de la representación a efectos de realizar un testamento.
d) La interpretación del testamento.
e) El fraude, la coacción, el error o cualquier otra cuestión relativa al consentimiento o a la voluntad del disponente.

3. Consecuencias de la elección de la ley y la protección de las personas en situación de vulnerabilidad

Como se puede apreciar, la elección de la ley por la que se rija el testamento puede tener una gran transcendencia en orden a la protección de las personas vulnerables en el momento de otorgar la disposición *mortis causa*, a la vez que protege a los posibles legitimarios ya que «la ley que, en virtud del presente Reglamento, rija la admisibilidad y la validez material de una disposición *mortis causa* […] no debe menoscabar los derechos de ninguna persona que, en virtud de la ley aplicable a la sucesión, tenga derecho a la legítima o a cualquier otro derecho del que no puede verse privada por la persona de cuya herencia se trate» (Considerando 50).

4. La libertad de testar y la autonomía sucesoria

La *professio iuris*, es una elección[32] formal —puesto que ha de realizarse en forma «de disposición *mortis causa*» (art. 22.2)[33]— que puede ser expresa o

tácita[34], y que puede haberse ejercitado antes de la publicación del Reglamento[35]. Supone un gran paso hacia adelante en pro de la libertad para testar[36] —la autonomía privada pasa a ser «pieza clave del sistema sucesorio de la Unión Europea»[37]— en la medida en que el testador puede elegir la ley aplicable[38] que mejor se adapte al destino que pretende dar a sus bienes[39], lo que, en algunos casos le permitirá esquivar el régimen imperativo de las legítimas[40], por ejemplo, optando, en ejercicio de la *professio iuris*, por la ley inglesa, lo que implicará optar por una ley que reconoce alimentos que tienen su causa en la muerte (art. 1.2 e, *a contrario*)[41].

Así, si el inglés residente en España opta por la ley inglesa no se admitirá en ningún caso el reenvío a la ley española aunque en el caudal relicto del inglés solo existan inmuebles y estos se encuentren ubicados en España (este reenvío de retorno es lo que se producía antes de la entrada en vigor del Reglamento por cuanto no fragmentaba la sucesión, *vid.,* STS de 12 de enero de 2015, FD 2º.2, *contrario sensu* [42,] si fragmentaba la sucesión (la llamada *escisio*), por ejemplo, por existir muebles e inmuebles situados en España, no se admitía el reenvío de primer grado)[43]; no se admitirá el reenvío a la ley española ya que el artículo 34.2 del Reglamento —que desplaza al artículo 12.2 del Código Civil— excluye el reenvío cuando la ley aplicable a la sucesión sea la elegida por el causante en ejercicio de la *professio iuris*, aplicándose a la sucesión exclusivamente la ley inglesa.

Es decir, en virtud de la autonomía conflictual[44] (libertad en sentido positivo)[45] se puede alcanzar un régimen sucesorio sin o con menos obstáculos (libertad en sentido negativo), la libertad para testar puede conducir a la libertad de testar. También puede dar lugar a sorpresas, el inglés residente en la Costa del Sol que fallece sin haber optado por su ley nacional y su herencia queda cautiva del sistema legitimario de nuestro Código Civil.

«La mayor libertad que otorga la *professio iuris* puede canalizarse (de ordinario así lo hará) hacia la ley que permita un mayor margen de disposición por ser las legítimas menos rigurosas, pero también puede canalizarse hacia leyes que otorguen otras posibilidades igualmente atractivas para el testador, como pueda ser un régimen de legítima colectiva en vez de un régimen de legítima individual, con independencia de la extensión de aquella, un régimen que permita una conmutación de la legítima en metálico en vez de uno presidido por una concepción de la legítima como *pars bonorum*; un régimen que permita el testamento por comisario en vez de uno que lo prohíba; en fin, muchos otros aspectos sucesorios que tiene que ver con la ampliación de las facultades del disponente en un sentido no necesariamente vinculado a la extensión o amplitud de las legítimas»[46].

5. Libertad de testar y paraísos hereditarios

Si se estableciera en España un sistema de absoluta libertad de testar se podrían atraer inversiones inmobiliarias por parte de, fundamentalmente, personas mayores, convirtiéndose así nuestro país en un «paraíso hereditario», aunque como entiende ÁLVAREZ GONZÁLEZ «no parece que la posibilidad de ampararse en una ley menos estricta vaya a modificar los hábitos de quienes tienen capacidad para cambiar de residencia en espera de la parca Átropos. Seguramente seguirán buscando el clima benigno y en menor coste de vida; en fin, la felicidad en vida y no la seguridad de que su libérrima voluntad será respetada tras su muerte», y algo muy importante, «las maniobras del causante no se deberían

limitar al cambio de residencia habitual, sino que debería asegurarse de que no habría dejado tras de sí una ley más estrechamente vinculada a su sucesión»[47].

La *professio iuris* podrá ejercitarse aun cuando no existiendo elemento internacional actual —casos en los que residencia habitual y ley nacional coinciden— se prevea que pueda existir en el futuro, lo que en palabras de RIPOLL SOLER «se presenta muy conveniente en aquellos casos en los que se tiene un régimen muy flexible, como, por ejemplo, el del español sujeto al Fuero de Ayala y se pretende blindar. En este contexto, utilizar preventivamente las herramientas que el Derecho Internacional Privado suministra para facilitar el desarrollo de la libertad de disposición *mortis causa* en el futuro, cuando se otorgue el acto de última voluntad, puede resultar sumamente conveniente»[48].

Es la *professio iuris* un instrumento en pro de la seguridad jurídica, sobre todo si se tienen en cuenta los problemas que en ciertos casos puede comportar la determinación de la residencia habitual y el desplazamiento de la ley de este por la que ofrezca una vinculación más estrecha con el causante, y también, como señala ÁLVAREZ GONZÁLEZ, porque «cuando existe certeza sobre la ley, la voluntad puede acomodarse a estos límites. Algo que no puede ocurrir cuando esta ley no está definida en el momento de disponer. La conciencia de esta situación invita de forma ineludible a hacer uso de la *professio iuris* si se quiere tener certeza de que lo que se decide se corresponde con lo que puede decidirse»[49]. Nos ilustra la SAP de Barcelona (Sección 4ª), núm. 752/2003, de 4 de noviembre, oportunamente comentada por el Profesor ÁLVAREZ GONZÁLEZ, que planteó la controversia acerca de la naturaleza colacionable de ciertas donaciones realizadas por el causante cuando ostentaba la vecindad civil navarra, quien falleció ostentando la vecindad civil catalana. La AP no dudó en aplicar la ley correspondiente a la vecindad civil en el momento del fallecimiento (ley sucesoria). «Cámbiese la ley navarra por la inglesa y manténgase la catalana como ley sucesoria de la última residencia habitual y la solución básica… sería la misma: una afectación de la libertad del causante en relación con actos de disposición en vida «conforme» a una ley que aparentemente las consideraba intocables»[50]. La diferencia estriba en que el Reglamento ofrece un instrumento del que carece el Derecho interno: la *professio iuris*.

Llegados a este punto y centrándonos en las legítimas, siguiendo al mismo autor, diremos que ante un eventual conflicto móvil[51] se produce la tutela del sistema legitimario más amplio, así, conforme con el «comportamiento de la persona que otorga un testamento que, de ordinario, respetará las legítimas de la ley sucesoria anticipada[52], si las legítimas previstas por la ley sucesoria son más amplias, estas prevalecen; si son menos amplias, las disposiciones que se han ajustado a las más amplias de la ley sucesoria anticipada quedan incólumes […] es la consecuencia natural del comportamiento de un testador que ajusta su comportamiento (sus disposiciones) a lo que la ley le permite en el momento de disponer, cuando quien decide los límites de ese comportamiento es una ley futura que aún no conoce»[53]. Lo anterior es restrictivo de la libertad de testar.

En esta línea, según el Considerando 23: «Con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en

cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento». Como bien apunta IRIARTE ÁNGEL, «un extremo indeterminado y espinoso. Pensemos un ejemplo: ejecutivo de una empresa española —y de nacionalidad española, donde siempre ha vivido— trasladado a trabajar a Francia; destinado indefinidamente, toda la familia se desplaza a ese país, careciendo de domicilio en España ¿Cuándo adquiere su residencia en este nuevo país de residencia? ¿Nada más llegar, al haber roto los principales vínculos con España? Y si deja la casa y unos hijos mayores… ¿Pasados unos años? ¿Cuántos? ¿Nunca?» [54].

6. Vertientes de la autonomía privada en el ámbito sucesorio internacional

No olvidemos que la autonomía privada en el ámbito del Derecho internacional presenta dos vertientes: la relativa a la ley aplicable al fondo y la relativa a la competencia judicial. Pues bien, el ejercicio de la *professio iuris* no solo permite elegir —con limitaciones— la ley aplicable al fondo sino que también, si la ley elegida para regir la sucesión es la de un Estado Miembro, las partes interesadas puedan acordar que sean los tribunales de ese Estado los que «tengan competencia exclusiva para sustanciar cualquier causa en materia de sucesiones» (art. 5.1 RES).

Merced a la *professio iuris* se puede conseguir que lo que se decide se corresponda con lo que puede decidirse y que cualquier litigio sobre la sucesión se ventile ante un tribunal que conoce el Derecho que aplica, su Derecho interno, reduciéndose las probabilidades de error judicial.

Es admisible la *professio iuris* en un testamento parcial, es decir, limitado a los bienes situados en el país, pero en virtud del principio de unidad sucesoria, sus efectos se extenderán al resto del patrimonio hereditario independientemente del lugar en que se hallen los bienes que lo integran[55].

Por otro lado, dado que el artículo 20 establece la aplicación universal del Reglamento disponiendo que la ley designada será aplicable aun cuando no sea la de un Estado Miembro, si un español reside en Reino Unido, en Rusia, en Brasil o en EEUU, por ejemplo, y no ha ejercitado la *professio iuris*, se le aplicará la ley británica, rusa, brasileña o norteamericana correspondiente, o de cualquier otro país mientras no sea contraria al orden público, así el artículo 30 dispone que «solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro»[56]. Merece ser mencionado que el artículo 27 de la Propuesta tenía previsto un segundo párrafo que establecía que la aplicación de una disposición de la ley designada por el Reglamento no podía ser contraria al orden público por el solo hecho de que las disposiciones sobre las reservas fueran distintas de las previstas en el sistema del foro[57]; es algo que pone de manifiesto hasta qué punto las legitimas no constituyen una exigencia derivada de los derechos y valores fundamentales de los países de nuestro entorno. Nuestro TS ya dejó claro en la sentencia núm. 887/1996, de 15 de noviembre, FD 8º que «la legítima… no pertenece a materia protegida por el orden público interno».

Es decir, principios de universalidad (art. 20 RES) y unidad sucesoria (arts. 21 y 23 RES), y *professio iuris*.

La ley aplicable a la sucesión de un español residente en el extranjero que opte por la ley nacional será la que resulte de la aplicación de las normas por las que se resuelven los conflictos interregionales, se tratará de la ley de la vecindad civil (arts. 9.8 y 16 del Código Civil).

Surge un problema cuando se trata de extranjeros residentes en España puesto que carecen de vecindad civil. Dado que España carece de una legislación específica para resolver los conflictos interregionales ya que se remite a las normas de Derecho internacional privado, la solución viene dada por el artículo 36.2 del Reglamento, dice así: «A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes: a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento». En realidad, es la solución que ofrece el artículo 9.10 del Código Civil.

7. Las sucesiones de extranjeros con inmuebles en España: su inscripción en el Registro de la Propiedad

Figura capital al respecto es el Certificado Sucesorio Europeo como título de la sucesión a efectos del Registro de la Propiedad que según reza el artículo 63.1 RES «se expedirá para ser utilizado por los herederos, legatarios que tengan derechos directos en la herencia y ejecutores testamentarios o administradores de la herencia que necesiten invocar, en otro Estado miembro, su cualidad de tales o ejercer sus derechos como herederos o legatarios, o bien sus facultades como ejecutores testamentarios o administradores de la herencia».

En consonancia con el RES, el artículo 14 paráfo 1º de la Ley Hipotecaria dispone: «El título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) núm. 650/2012».

Como dice IRIARTE ÁNGEL, «de su tenor literal, se infiere que el Certificado Sucesorio Europeo es un título sucesorio que accederá al Registro de la Propiedad, sin necesidad de documentos que lo convaliden o «españolicen», a salvo obviamente del cumplimiento de las obligaciones tributarias a que se refiere el preámbulo del Reglamento»[58].

Antes, cuando no existía el Certificado Sucesorio Europeo y ahora a falta del mismo, una norma básica al respecto es la contenida en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario:

«Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España. La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles. El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente».

Hasta la STS de 19 de junio de 2012[59], que trata de la inscripción de un documento público alemán, pretender inscribir un documento extranjero era sumamente complejo, con lo cual se recomendaba y se sigue recomendando al no residente el otorgamiento en España de «un documento de últimas voluntades

donde legue los bienes en España a quien estime oportuno, con mención expresa a que los eventuales derechos legitimarios se satisfarán mediante un testamento genérico otorgado en su país de residencia»[60]. Este legado, con independencia de donde se halle sito el inmueble, se regirá por la ley de la sucesión, como resulta de la STJUE de 12 de octubre de 2017, primera que interpreta el RES, haciéndolo acerca de las exclusiones de su ámbito de aplicación.

Cuando se dispone de Certificado Sucesorio Europeo, los problemas quedan solventados. Otra bondad del RES.

Facilitar la inscripción de los bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad no deja de ser un cauce para que la libertad para testar, para que la libertad como autonomía pueda llegar a buen fin.

III. EXCEPCIÓN EN PRO DE LA *LEX REI SITAE:* LA TRONCALIDAD FORAL VASCA Y ARAGONESA

Dicho todo lo anterior, existe una excepción al principio de unidad de ley aplicable, nada desdeñable, en favor de la *lex rei sitae* en relación con determinados bienes, excepción contemplada en el artículo 30, dice así: «Cuando la ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rija la sucesión».

Cabe incluir aquí la troncalidad del Derecho civil vasco o aragonés. La sucesión en los bienes troncales se regirá por la *lex rei sitae*[61].

IV. CONCLUSIONES

I. La existencia de unos principios jurídicos comunes, entre los cuales se encuentra la libertad de testar, consecuencia de una cultura jurídica común, ha comportado en la UE la tendencia a una espontánea armonización normativa tarea que corresponderá en principio a la soberanía de los Estados Miembro a través de sus respectivos Códigos.

II. La globalización, la libre circulación de las personas y los fenómenos migratorios exigían un sistema de resolución de conflictos basado en los principios de unidad y universalidad y con un punto de conexión supletorio que no comportase los problemas del de la nacionalidad.

III. El punto de conexión supletorio de la residencia habitual responde a esta exigencia si bien comporta el problema de su indefinición.

IV. Mediante la *professio iuris* el testador podrá optar por la *lex successionis* de su nacionalidad en el momento del otorgamiento o del fallecimiento, lo que le permitirá elegir la ley que mejor se acomode a sus objetivos que con mucha probabilidad precisarán de una mayor libertad de testar, libertad en sentido negativo, libertad como ausencia de interferencias. La libertad en sentido positivo, la libertad para testar, la libertad como autonomía articulada a través de la *professio iuris* puede conducir a una total o mayor libertad en sentido negativo, libertad de testar, a un sistema legitimario más débil o simplemente a un sistema de absoluta libertad de testar.

V. Para que lo anterior sea posible el ejercicio de la *professio iuris* deviene fundamental en orden a que lo que se decida se corresponda con lo que puede decidirse, testando con arreglo a una ley que va a ser la misma por la que se rija la sucesión. Cabe añadir el Certificado Sucesorio Europeo como elemento utilísimo para que el *iter* sucesorio llegue a buen puerto que no es otro que el Registro de la Propiedad para los bienes inmuebles.

V. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2012). Legítimas y Derecho interregional, en *Tratado de legítimas*, T. Torres García (coord.), Atelier, Barcelona, 153 a 202.

— (2011). Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos, *AEDIP*, t. XI, 369 a 406.

BALDUS, Ch. (2008/2009). ¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo?, *AAMN*, T. IL, 419 a 438.

BALLESTER AZPITARTE, L. (2015). La falta de cariño, ¿es causa de desheredación?, *Diario La Ley*, núm. 8534, refª. D-176.

CALVO CARAVACA, L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2006). La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles, *Estudios de Deusto*, Vol. 54/2, Bilbao, 61-109.

DE LAMA AYMÁ, A. (2016). Principios de Derecho sucesorio europeo: Libertad de testar y protección de la familia, *RDP*, núm. 1, 67 a 83.

FONT SEGURA, A. (2000). La sucesión hereditaria en Derecho interregional, *ADC*, 1, 23 a 82.

FONTANELLAS MORELL, J.M. (2011). La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria, *Dereito*, vol. 20, núm. 2, 83 a 129: http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/131

GARCÍA CUETO, E. (2014). Una aproximación al Reglamento 650/2012 (I): la *professio iuris*, *La Notaría*, núm. 2, 104 a 115.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2016). El ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones, en *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, M. Esperanza Ginebra Molins y Jaume Tarabal Bosch (dirs.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 55 a 77.

HIJAS CID, E. (2016). La *professio iuris* en las sucesiones y matrimonios con elementos transfronterizos, *El notario del siglo XXI*, núm. 69: http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-69/opinion/opinion/6972-la-professio-iuris-en-las-sucesiones-y-matrimonios-con-elementos-transfronterizos

IGLESIAS SANTOS, J. (1991). *Espíritu del Derecho romano*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª ed., Madrid.

IGLESIAS VÁZQUEZ, M. (2016). A propósito de la Resolución de la DGRN de 15 de junio de 2016 y el Reglamento Sucesorio Europeo, *El notario del siglo XXI*, núm. 69: http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-69/practica-juridica/6950-a-proposito-de-la-resolucion-de-la-dgrn-de-15-de-junio-de-2016-y-el-reglamento-sucesorio-europeo.

IRIARTE ÁNGEL, F. (2016). La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales, *AC*, núm. 6, 30 a 43.

— (2016). Las sucesiones de los extranjeros en España y su tratamiento en la doctrina más reciente de la DGRN: Una mirada crítica, *RCDI*, núm. 754, 986 a 999.

IRIARTE ÁNGEL, J.L. (2017). Conflictos internacionales e interregionales de leyes en relación con el Derecho civil foral de Navarra: cuestiones sucesorias, *RCDI* núm. 761, 1501 a 1527.
KNÜTEL, R. (2001). *Ius commune* y Derecho romano en los Tribunales de Justicia de la Unión Europea, en *Topica*, Gerardo Pereira-Menaut, Paz López-Felpeto Paz (colaboradora), Arcana-Veri.
LEIBLE, S. (2006). Vías para la unificación del Derecho privado europeo, *ADC*, núm. LIX, fasc. 4, 1589 a 1609.
LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. (2015). De nuevo sobre Constitución, Código y descodificación, ¿un Código para Europa?, en *Derecho civil constitucional*, Editorial Universidad de Sevilla, 47 a 84.
MORETÓN SANZ, M. F. (2010). Determinación de la ley personal del causante: notas sobre la recuperación de la vecindad civil por residencia y el alcance de la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de unidad familiar, *RCDI*, 719, 1282 a 1297.
RIPOLL SOLER, A. (2016). Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: la *professio iuris*, *RDC*, núm 2, 23 a 64: http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/190.
— (2015). La reserva vidual en el Derecho internacional privado, *La Notaría*, núm. 3, 72 a 79.
RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. (1999). Consideraciones sobre la formación de un Derecho europeo, *GJ*, núm. 200, 11 a 25.
RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I. (2013). La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012, *InDret*, abril: http://www.indret.com/pdf/972.pdf
SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (2008). Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: «*soft law versus hard law*» o «Comisión contra Parlamento», en *Derecho privado europeo, estado actual y perspectiva de futuro* (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007), coord. por María del Rosario Díaz Romero y otros, Thomson Civitas, 377 a 405.
STOLLEIS, M. (2009), Europa como comunidad de Derecho, *Historia* Constitucional, núm. 10, 475 a 484: http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/242.
TORRES GARCÍA, T.F. (2015). Legítima «versus» libertad de testar, en *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Montserrat Pereña Vicente, Palmira Delgado Martín (dirs.) y Mª del Mar Heras Hernández (coord.), Aranzadi Thomson Reuters, 865 a 891.
TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M.P. (2014). *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
VIGLIONE, F. (2016). Disciplina delle successioni mortis causa e diritti fondamentali. Analisi comparatistica di una relazione controversa, *Rivista di diritto civile*, Anno LXII, núm. 1, 112 a 135.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE, de 9 de marzo de 1978
- STJUE, de 17 de noviembre de 2011
- STJUE, de 12 de octubre de 2017
- STS, de 15 de noviembre de 1996

- STS, de 21 de mayo de 1999
- STS, de 23 de septiembre de 2002
- STS, de 30 de abril de 2008
- STS, de 14 de septiembre de 2009
- STS, de 19 de junio de 2012
- STS, de 12 de enero de 2015
- STS, de 17 de abril 2015
- STSup de Navarra, de 3 de marzo de 1994
- SAP de Barcelona, de 4 de noviembre de 2003
- RDGRN, de 15 de junio de 2016

NOTAS

[1] *Vid.,* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, Legítimas y Derecho interregional, en *Tratado de legítimas*, T. Torres García (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, 153; *vid.,* también MORETÓN SANZ, Mª Fernanda, Determinación de la ley personal del causante: notas sobre la recuperación de la vecindad civil por residencia y el alcance de la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de unidad familiar, *RCDI*, 719, 1282 y sigs. En particular la revisión de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2009 —siendo ponente ROCA TRÍAS— que trae causa, a su vez, de lo ventilado por la sentencia del Tribunal Superior de Navarra de 3 de marzo de 1994 y lo recogido acerca del certificado sucesorio europeo.

[2] *Vid.,* VIGLIONE, Filippo, Disciplina delle successioni mortis causa e diritti fondamentali. Analisi comparatistica di una relazione controversa, *Rivista di diritto civile*, Anno LXII, núm. 1, 2016, 113.

[3] *Vid.,* TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, 203 y sigs.

[4] *Vid.,* BALDUS, Christian, ¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo?, *AAMN*, T. IL, curso 2008/2009, 423.

[5] No nos dediquemos, dice el Profesor LÓPEZ Y LÓPEZ, a «la construcción de un Código para Europa, sino de una Europa de los Códigos, que vaya caminando firmemente en la búsqueda de una armonización de fondo, que no es sino la creación de una cultura jurídica común, y la potenciación de la ya existente», entre otras cosas porque pretender un Código europeo choca con un problema constitucional: «la ausencia de un sujeto político que pudiera, desde su propio imperio, adoptarlo» (LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel, De nuevo sobre Constitución, Código y descodificación, ¿un Código para Europa?, en *Derecho civil constitucional*, Editorial Universidad de Sevilla, 2015, 76 y 75). Este es el problema de fondo, amén de la ausencia de competencia que resulta de los artículos 65, 94 y 95 del Tratado C.E. (*vid.,* SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A., Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: «*soft law versus hard law*» o «Comisión contra Parlamento», en *Derecho privado europeo, estado actual y perspectiva de futuro* (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007), coord. por María del Rosario Díaz Romero y otros, Thomson Civitas, 2008, 382 y sigs.).

[6] «Con la expresión "derecho europeo" se hace referencia fundamentalmente al sistema jurídico de las Comunidades Europeas […] se trata de un ordenamiento jurídico que encuentra sus raíces en convenios internacionales, pero que presenta importantes semejanzas con los sistemas jurídicos nacionales y además se caracteriza por rasgos muy específicos, entre los cuales puede destacarse su evolución especialmente dinámica. Sin embargo, la expresión derecho europeo también puede ser utilizada en otro sentido, como fórmula de caracterización conceptual de los elementos comunes de los ordenamientos jurídicos vigentes en Europa, es decir de los ordenamientos jurídicos nacionales, pero también de los supranacionales, como el derecho de las Comunidades Europeas y el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. En este sentido se hace simultáneamente referencia a una situación y a un proceso de "europeización" de los ordenamientos jurídicos nacionales» (RODRÍGUEZ

IGLESIAS, Gil Carlos, Consideraciones sobre la formación de un Derecho europeo, *GJ,* núm. 200, abril/mayo 1999, 11).

[7] DE LAMA AYMÁ, Alejandra, Principios de Derecho sucesorio europeo: Libertad de testar y protección de la familia, *RDP*, núm. 1, marzo-abril de 2016, 68 y sigs.

[8] Tal vez se pueda llegar a una «cierta reconstrucción de la unidad jurídica (rica en variaciones), que se había desarrollado en la Europa continental desde la Alta Edad Media, a partir de las fuentes del Derecho Romano y del Derecho Canónico (*ius commune*), que se rompió paso a paso desde que hace 200 años aparecieron los códigos nacionales, pero que sin embargo en aspectos esenciales sigue siendo determinante de nuestras concepciones jurídicas comunes» (KNÜTEL, Rolf, *Ius commune* y Derecho romano en los Tribunales de Justicia de la Unión Europea, en *Topica*, Gerardo Pereira-Menaut, Paz López-Felpeto Paz (colaboradora), Arcana-Veri, 2001, 46).

[9] LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel, De nuevo sobre Constitución, Código y descodificación…, *cit*., 58 y sigs.; en relación con el Derecho de obligaciones, *vid.,* LEIBLE, Stefan, Vías para la unificación del Derecho privado europeo, *ADC*, núm. LIX, fasc. 4, octubre 2006, 1589 y sigs.

[10] *Vid.,* STOLLEIS, Michael, Europa como comunidad de Derecho, *Historia* Constitucional, núm. 10, 2009, 475: http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/242. Walter HALLSTEIN fue el primer presidente de la Comisión Europea (1958-1967). Ojalá Europa fuera una comunidad de Derecho, al igual que Roma fue el «pueblo del Derecho» y no el «pueblo de la ley». IGLESIAS —que reproduce el elenco suministrado por Rotondi— nos recuerda que en Roma las leyes en materia de Derecho privado no pasaban de una treintena (*vid.,* IGLESIAS SANTOS, Juan, *Espíritu del Derecho romano*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª ed., Madrid, 1991, 79). Recordemos la frase de TÁCITO: «et corruptissima republicae plurimae leges» (Anales, 3. 27.3).

[11] Antonio TAJANI, Presidente del Parlamento Europeo, en su discurso (Oviedo, 20 de octubre de 2017), quien junto a los Presidentes del Consejo Europeo (Donald Tusk) y de la Comisión (Jean Claude Junker) acudió a recoger el Premio Princesa de Asturias 2017 a la Concordia, otorgado a la Unión Europea, coincidiendo con el sesenta aniversario del Tratado de Roma [http://www.antena3.com/noticias/mundo/discurso-completo-de-antonio-tajani-al-recibir-el-premio-princesa-de-asturias-de-la-concordia_2017102059ea52020cf2fc58bff706c8.html].

[12] No es de extrañar que un juez de la Cámara de Recursos de la Oficina Europea de Patentes haya podido afirmar que «las reglas de derecho latinas de nuestra historia jurídica común han dado lugar, hasta ahora, a un consenso mayor que el conseguido por medio del uso de los derechos nacionales. La Gran Cámara también consulta el Digesto […] Así, quien quiera tener buenos resultados ante esta Cámara debería olvidar las codificaciones de los diferentes estados de los últimos tres siglos y volver al viejo derecho europeo común, tal como ha sido formulado, de forma todavía bien comprensible, en latín» (KNÜTEL, Rolf, *Ius commune* y Derecho romano…, *cit*., 44).

[13] *Vid.,* GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, El ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones, en *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, M. Esperanza Ginebra Molins y Jaume Tarabal Bosch (dirs.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 2016, 56.

[14] El Reglamento no es aplicable ni en Reino Unido, ni en Irlanda —puesto que son Estados Miembro no vinculados, no han ejercitado el «opting in»—, ni en Dinamarca que no participa en la adopción de normas de cooperación civil, pero sí en España y demás Estados Miembro vinculados a británicos, irlandeses o daneses. «En los países afectados el Reglamento es de aplicación universal, siendo aplicable la ley designada incluso cuando se trate de la de un Estado no miembro» (BALLESTER AZPITARTE, Leticia, La falta de cariño, ¿es causa de desheredación?, *Diario La Ley*, núm. 8534, 7 de mayo de 2015, refª. D-176, 1499, nt. 11).

[15] En concreto, el artículo 9.8 del Código Civil será de aplicación, en exclusiva, a conflictos interregionales. Por tanto, sistemáticamente, su contenido inserto en Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil y una vez debidamente modificado, debería figurar en el Capítulo V. Dicho artículo preceptúa que «las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador [aquí vecindad civil] o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque

sea otra la ley que rija la sucesión [que será la de la vecindad civil en el momento del fallecimiento], si bien las legítimas se ajustarán, en su caso a esta última». Pues bien, entendemos con FONT SEGURA que «es lógico pensar que la ley que rija una sucesión testada o paccionada sea la correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento del otorgamiento. En efecto, el testador o disponente ordena su sucesión de acuerdo con esta ley, tiene presente la regulación relativa a los distintos modos de vocación, a la capacidad, a los limites de disposición —especialmente—, etc. En definitiva, es el marco legal en el que debería encuadrarse la voluntad del causante. Aplicar la ley de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento supone torcer los cálculos y expectativas en los que se ha basado el testador o disponente en el momento de otorgamiento, además de distorsionar el principio sobre el que se asienta la sucesión hereditaria en DIPr español: el principio de unidad y universalidad. En consecuencia, no se trataría únicamente de aplicar la ley correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento de otorgamiento con el fin de limitarse a mantener la validez de las disposiciones hechas en testamento o pacto sucesorio, sino de que esta ley fuera la que rigiera la totalidad de la sucesi6n, también las legítimas» (FONT SEGURA, Albert, La sucesión hereditaria en Derecho interregional, *ADC*, 1/2000, 47). El Profesor José Luis IRIARTE ÁNGEL es partidario de una Ley Especial que introduzca para la resolución de los conflictos internos las soluciones de los Convenios internacionales y de los Reglamentos de la Unión Europea (*vid.,* IRIARTE ÁNGEL, José Luis, Conflictos internacionales e interregionales de leyes en relación con el Derecho civil foral de Navarra: cuestiones sucesorias, *RCDI* núm. 761, junio 2017, 1507).

[16] Cuando una norma interna anterior a una norma de la UE resulta incompatible, la primera resulta inaplicable y se considera tácitamente derogada (*vid.,* STJUE de 9 de marzo de 1978 [asunto 106/77], FD 17).

[17] «El presente Reglamento no se aplica a cuestiones fiscales ni a cuestiones administrativas de Derecho público. Por consiguiente, debe corresponder al Derecho nacional determinar, por ejemplo, las modalidades de cálculo y pago de los tributos y otras prestaciones de Derecho público, ya se trate de tributos adeudados por el causante a fecha del fallecimiento, o de cualquier tipo de tributo relacionado con la sucesión que deba ser abonado con cargo a la herencia o por los beneficiarios. También debe corresponder al Derecho nacional determinar si la entrega de bienes sucesorios a los beneficiarios en virtud del presente Reglamento o la inscripción de los bienes sucesorios en un registro pueden estar sujetas a tributación» (Considerando 10º del Preámbulo).

[18] La finalidad de este Reglamento es que el acreedor cuente «con medios que le permitan obtener fácilmente en un Estado miembro una resolución que tenga automáticamente fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin ninguna otra formalidad» (Considerando 9).

[19] Si bien el artículo 8.1 del Protocolo permite al acreedor y al deudor de los alimentos elegir en cualquier momento la ley aplicable a la obligación, sin embargo, no podrán ser objeto de acuerdo, es decir, no resultará de aplicación el apartado 1, a «las obligaciones alimenticias a favor de una persona menor de 18 años o a un adulto que, por razón de una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no se encuentra en condiciones de proteger sus intereses» (art. 8.3). En estos casos, será la de la residencia habitual del acreedor de los alimentos (art. 3.1).

[20] GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, El ámbito de aplicación del Reglamento…, *cit.,* 71 y sigs.

[21] GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, El ámbito de aplicación del Reglamento…, *cit.,* 75 y sigs.

[22] GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, El ámbito de aplicación del Reglamento…, *cit.,* 62.

[23] *Vid.,* TORRES GARCÍA, Teodora F., Legítima «versus» libertad de testar, en *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Montserrat Pereña Vicente, Palmira Delgado Martín (dirs.) y Mª del Mar Heras Hernández (coord.), Aranzadi Thomson Reuters, 2015, 866.

[24] *Vid.,* IGLESIAS VÁZQUEZ, María del Ángel, A propósito de la Resolución de la DGRN de 15 de junio de 2016 y el Reglamento Sucesorio Europeo, *El notario del siglo XXI*, núm. 69, septiembre-octubre 2016: http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-69/practica-juridica/6950-a-proposito-de-la-resolucion-de-la-dgrn-de-15-de-junio-de-2016-y-el-reglamento-sucesorio-europeo: 1.

[25] Que la ley aplicable a la sucesión sea la que determine los derechos legitimarios hace que esta pueda frustrar los pactos de renuncia a la legítima y también dar al traste con un testamento redactado a la vista de una norma distinta.

[26] Este término ya figuraba en el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte. Se trata de una institución de Derecho Internacional Privado que procede de las *profesiones legis* medievales que a comienzos del siglo XX rescató el Derecho helvético para dar nombre a una institución en virtud de la cual el testador podía elegir, dentro de ciertos límites, la ley rectora de su sucesión (*vid.,* FONTANELLAS MORELL, Josep M., La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria, *Dereito*, vol. 20, núm. 2, 2011, 83 a 85: http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/131). Recientemente esta figura ha sido revitalizada por el Reglamento que nos ocupa y también por el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, en materia de régimen económico matrimonial.

[27] El punto de conexión de la nacionalidad tiene una ventaja, está más claro, pero obedece a un «modelo decimonónico, proveniente de un derecho internacional privado muy nacional, no concebido para las grandes migraciones de hoy» (BALDUS, Christian, ¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo?, *cit.,* 433). Tiene el inconveniente de la dificultad de probar el Derecho extranjero ante un órgano jurisdiccional al que no le es exigible el principio de *iura novit curia* desde la nueva redacción de la LEC 2000 y la prueba del Derecho extranjero de conformidad al artículo 281.2 (*vid.,* STS, de 17 de abril 2015). *Vid.,* CALVO CARAVACA, L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles, *Estudios de Deusto*, Vol. 54/2, Bilbao, julio-diciembre 2006, 61-109.

[28] El criterio de la residencia puede presentar dificultades de determinación, máxime cuando el Reglamento no explica en qué consiste, se trata de un concepto difuso. A mayor abundamiento, el artículo 21.2 declara: «Si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado», culminando la ceremonia de la confusión, el Considerando 25 de la Exposición de Motivos cuando dice que «la vinculación manifiestamente más estrecha no debe emplearse como nexo subsidiario cuando la determinación de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento resulte compleja». La inseguridad jurídica es manifiesta y el semillero de pleitos está servido. La nacionalidad es un punto de conexión que, indudablemente, ofrece mucha más seguridad. Como decía un ministro de la Restauración: «me gusta este reglamento [se refería a otro tipo de reglamento], está redactado con la debida confusión» (Pòrtic, *RJC*, 1/2001, 5).

[29] El RES se aplica al conjunto de la sucesión con independencia de la naturaleza y ubicación de los bienes que la integran.

[30] Unidas a la legítima están la preterición y la desheredación, rigiéndose ambas por la ley de la sucesión. En consecuencia, si el testador omite a un legitimario que no lo era con arreglo a la ley sucesoria anticipada pero sí con arreglo a la ley de la sucesión, el testamento se verá afectado; una causa de desheredación tipificada en la ley sucesoria anticipada y que ha servido para desheredar a uno de los legitimarios puede que no se encuentre contemplada en la ley sucesoria y, por tanto, no surtirá efecto.

[31] El hecho de que la ley sucesoria afecte a los actos de disposición *inter vivos* a título gratuito realizados por el causante ha sido la razón por la cual Reino Unido no participa del Reglamento. No se concibe que una ley sucesoria futura pueda echar por tierra los actos realizados libremente en vida por el causante (*vid.,* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos, *AEDIP*, t. XI, 2011, 389 y sigs.).

[32] Aunque los sintagmas *professio iuris* y autonomía conflictual puedan parecer sinónimos, «la profesión de derecho es un ejercicio unilateral de una autonomía conflictual de opción» (FONTANELLAS MORELL, Josep M., La *professio iuris* sucesoria…, *cit.,* 84, nt. 1).

[33] Algunos autores contraponen la *professio iuris* como acto de planificación sucesoria a la *professio iuris* autónoma. Mediante la primera se elegiría la ley aplicable con ocasión de un acto *mortis causa* de disposición patrimonial; mediante la segunda se elegiría la ley aplicable sin más disposiciones. Pues bien, al notario RIPOLL SOLER le parece que «no solo

es perfectamente posible estructurar la elección de ley aplicable a la sucesión de cualquiera de las dos formas referidas, sino también considerar, en todo caso, a la *professio iuris* como acto de planificación sucesoria aunque no se hagan más disposiciones. Las motivaciones del optante podrán ser diversas, bien desplazar unos llamamientos intestados en beneficio de otros o bien asegurarse la aplicación de una determinada ley sucesoria en detrimento de otra» (RIPOLL SOLER, Antonio, Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: la *professio iuris*, *RDC*, núm 2 (abril-junio 2016), 28: http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/190). Por otra parte, la *professio iuris* no se vería afectada por la ineficacia del testamento en el que se haga disposición de bienes.

[34] Respecto de la tácita, el artículo 22.2 del Reglamento admite que pueda «resultar de los términos de una disposición de ese tipo». Como precisa HIJAS CID, atendiendo al Considerando 39 del Reglamento, «la elección tácita consiste [o puede consistir] en hacer referencia a instituciones sucesorias de la legislación de un Estado que sean características de este» (HIJAS CID, Eduardo, La *professio iuris* en las sucesiones y matrimonios con elementos transfronterizos, *El notario del siglo XXI,* núm. 69, septiembre-octubre 2016: http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-69/opinion/opinion/6972-la-professio-iuris-en-las-sucesiones-y-matrimonios-con-elementos-transfronterizos, 1). No basta el simple reconocimiento de la nacionalidad del causante (*vid.,* RDGRN núm. 10140/2014, de 13 de agosto *(RJ* 2014, 4740) FD 3º).

[35] Lo cual viene avalado por el artículo 83. 2-4 del Reglamento y por la RDGRN de 15 de junio de 2016, FFDD 6 y 8.

[36] Mediante el ejercicio de la autonomía privada el causante puede cambiar el régimen legitimario.

[37] RIPOLL SOLER, Antonio, La reserva vidual en el Derecho internacional privado, *La Notaría*, 2015, núm. 3, 77.

[38] «La selección de la ley aplicable a las sucesiones internacionales tiene una influencia directa en el ámbito de la libertad que se concede a las personas para disponer por causa de muerte, así como, correlativamente, en el reparto de la herencia entre los potenciales beneficiarios» (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, Las legítimas en el Reglamento…, *cit.,* 371).

[39] «El Reglamento de Sucesiones introduce una importante novedad en relación con la ampliación de la libertad de testar del causante al permitir expresamente la llamada *professio iuris*, o cláusula de elección de ley al conjunto de la sucesión en los términos del artículo 22 del Reglamento, lo que supone que los ciudadanos europeos podrán planificar su propia sucesión eligiendo, con los límites establecidos en la regla señalada, la ley nacional aplicable, lo que significa además un amplio reconocimiento de la libertad testamentaria» (TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad*…, *cit.,* 206).

[40] «Una de las cuestiones que más desconfianza ha generado respecto a la posibilidad de elegir una ley para que rija la sucesión es que, mediante esta, se puedan eludir las normas imperativas del Estado de su nacionalidad o residencia habitual que establecen reservas o legítimas que deben ir a parar a ciertas personas. Este temor es fundado, aunque no es menos cierto que, en realidad, lo que ocurre es que el causante va a poder elegir entre la «lista de legitimarios» prevista en la ley de la residencia habitual o en la de la nacionalidad que posea, pudiéndose dar el caso de que la ley elegida no contemple la existencia de legitimarios. Es más, se rompe en nuestro Derecho con la especial protección que dispensábamos a estos sujetos a través de lo que se llama *escisión funcional*, aplicando la ley elegida a toda la sucesión pero exceptuando a los legitimarios, a quienes se aplicaría otra distinta. Y todo ello sin que se pueda justificar que existe un problema de orden público internacional por el hecho de que existan ciertas leyes que no prevén la institución legitimaria o equivalente» (GARCÍA CUETO, Elisabeth, Una aproximación al Reglamento 650/2012 (I): la *professio iuris*, *La Notaría*, 2/2014, 108). Cierto es que el orden público ha jugado un papel importante en materia sucesoria, pero a la vista de las notabilísimas diferencias entre los sistemas legitimarios españoles, poco espacio le queda a esta excepción para oponerse a la aplicación de leyes extranjeras (*vid.,* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, Las legítimas en el Reglamento…, *cit.,* 386).

[41] Aunque, como hemos visto y sostenemos en la tesis que defenderemos, se trata más bien de una legítima de alimentos.

[42] «En el presente caso, esto es lo que ocurre, pues la remisión realizada a la legislación inglesa comporta el reenvío de retorno al ordenamiento jurídico español sin que se produzca, al ser el único bien hereditario y además tener el domicilio en España, el fraccionamiento del fenómeno sucesorio señalado respecto de la sucesión del causante».

[43] *Vid.,* también SSTS de 15 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1999 y 23 de septiembre de 2002.

[44] Ni que decir tiene que la ley elegida determinará el sistema legitimario.

[45] Se trata de una autonomía limitada, lo que se llama una «autonomía conflictual de opción» (RIPOLL SOLER, Antonio, Hacia un nuevo modelo…, *cit.,* 34).

[46] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, Las legítimas en el Reglamento…, *cit.,* 382 y sigs.

[47] Ibídem, 379.

[48] RIPOLL SOLER, Antonio, Hacia un nuevo modelo…, *cit.,* 48.

[49] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, Las legítimas en el Reglamento…, *cit.,* 389.

[50] *Vid.,* Ibídem, 392.

[51] El llamado conflicto móvil tiene lugar cuando cambia la vecindad civil o la residencia habitual, según nos hallemos ante un conflicto interregional o internacional, en tanto punto de conexión.

[52] Es la ley que sería aplicable a la sucesión en el momento del otorgamiento del testamento.

[53] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, Las legítimas en el Reglamento…, *cit.,* 395.

[54] IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja, La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales, *AC*, 6/2016, 32.

[55] *Vid.,* RIPOLL SOLER, Antonio, Hacia un nuevo modelo…, *cit.,* 60.

[56] Precepto que se encuentra en consonancia con el artículo 12.3 del Código Civil. No se puede aplicar una ley extranjera que suponga vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución.

[57] *Vid.,* RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel, La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012, *InDret*, abril de 2013: http://www.indret.com/pdf/972.pdf: 44.

[58] IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja, Las sucesiones de los extranjeros en España y su tratamiento en la doctrina más reciente de la DGRN: Una mirada crítica, *RCDI*, núm. 754, marzo de 2016, 991.

[59] Dulcifica los requisitos, así en el FD 3º dice que «en el seno de la Unión Europea se tiende a evitar la duplicidad en la exigencia de requisitos de carácter predominantemente formal cuando ya se han cumplido las formas o condiciones necesarias en otro Estado miembro según una finalidad idéntica o similar a la requerida en el Estado en que el acto o negocio ha de producir efecto».

[60] IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja, Las sucesiones de los extranjeros en España…, *cit.,* 987.

[61] *Vid.,* IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja, La norma de conflicto aplicable a las sucesiones…, *cit.,* 34.

1.5. Obligaciones y contratos

Desistimiento unilateral del contrato por el arrendatario y cláusula *rebus sic stantibus**

Unilateral termination of the contract by the tenant and «rebus sic stantibus» clause

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 regulación prevista acerca de las posibilidades de desistimiento unilateral por el arrendatario, así como la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, atendiendo especialmente a la situación del arrendatario de local de negocio y a una posible aplicación analógica del artículo 11 LAU.

Asimismo, se atiende a la aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* como posible causa justificativa de ese desistimiento unilateral y la voluntad del arrendatario resolutoria del contrato.

ABSTRACT: In this paper it´s analyzed the regulation of the chances of unilateral termination o withdrawal by the tenant, as well as the doctrine of the Supreme Court in this regard, especially taking into account the situation of the lessee of business premises and a possible analogical application of artículo 11 LAU.

Likewise, the application of the doctrine of the rebus sic stantibus clause is considered as a possible justifying cause for this unilateral termination and the will of the tenant in order to terminate the contract.

PALABRAS CLAVE: Arrendamiento de local de negocio. Arrendamiento de vivienda. Arrendatario. Cláusula penal. Desistimiento *ad nutum*. Extinción unilateral del contrato. Indemnización.

KEY WORDS: Business premise lease. Housing lease. Tenant. Penalty clause. Unilateral withdrawal. Unilateral termination of contract. Compensation.

---

* Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación: «Reformando las Tenencias de la Vivienda: El acceso a través del alquiler, la propiedad y su tributación», con referencia DER2014-55033-C3-1-P, dentro del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento, Ministerio de Economía y Competitividad, siendo investigador principal el Prof. Dr. D. Sergio NASARRE AZNAR.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: 1. *Iter* normativo en la previsión de esta facultad del arrendatario. 2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el reconocimiento del derecho de desistimiento del arrendatario en arrendamientos para uso distinto al de vivienda. 3. Aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.—III. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

I. PLANTEAMIENTO

Durante la crisis económica y financiera de los últimos años no nos son desconocidas las numerosas ejecuciones hipotecarias que se han desarrollado así como los problemas surgidos por los llamados «desahucios» hipotecarios y el drama social que traían consigo en muchas ocasiones; esto como consecuencia no solo del elevado remanente de deuda que quedaba tras la ejecución al no haberse obtenido suficiente importe de la subasta o venta forzosa del bien hipotecado para cubrir la totalidad del crédito del ejecutante, sino también, y principalmente, por el hecho de que los bienes ejecutados en gran parte de los casos resultaban ser las viviendas habituales de los ejecutados (aunque igualmente preocupante y dramático resultaba si el bien hipotecado era el local en el que desarrollaba el deudor ejecutado el negocio que sustentaba la economía familiar).

Para paliar esta situación se dictaron diversas normas tendentes a la protección del deudor hipotecario (así, el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, y el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, ambos con medidas urgentes para la protección de los deudores hipotecarios, el Código de Buenas Prácticas Bancarias, acogido en el primero de estos Reales Decretos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social). Y paralelamente también surgió una política de fomento del alquiler o arrendamiento como alternativa al acceso a la vivienda distinta a la propiedad.

Es precisamente en el marco de este interés por fomentar el arrendamiento que se dictó la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que reformó la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU). Entre las modificaciones de esta norma está la que recayó sobre el artículo 11 LAU, en relación con la posibilidad del arrendatario de desistir unilateralmente del arrendamiento de vivienda una vez pasados seis meses desde la formalización del arrendamiento, sin necesidad de que concurra una especial causa que lo justifique (*ad nutum*), y siempre que preavise al arrendador con una antelación mínima de treinta días al fin del contrato; a este respecto se prevé también el pago de una indemnización al arrendador por el tiempo de contrato que reste cumplir si así se pactó en el contrato para ese caso.

Sin embargo, no hay una norma similar en el ámbito de la LAU con respecto al arrendamiento urbano para uso distinto de vivienda, o como comúnmente se viene a denominar, el arrendamiento de local de negocio. En estos casos en la LAU no se reconoce expresamente la facultad del arrendatario de desistir unilateralmente del contrato bajo ninguna condición, salvo lógicamente que exista algún incumplimiento por parte del arrendador, lo que justificaría que el arrendatario pudiera instar la resolución del contrato por ese incumplimiento (cfr. art. 1.124 del Código Civil), pero entonces ya no se trataría de un desistimiento *ad nutum*

como el que analizamos en este trabajo. Esta postura sin duda entronca también con el principio de que no puede quedar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes (art. 1256 del Código Civil). Y sobre esta cuestión se ha pronunciado ya el Tribunal Supremo recientemente en su sentencia de 3 de octubre de 2017, en la que, además de reiterar la doctrina de la Sala recogida en sus sentencias de 18 de marzo de 2016 y de 16 de mayo de 2017, rechaza la aplicación analógica de lo previsto en el artículo 11 LAU al supuesto de los arrendamientos de local de negocio.

En este trabajo analizaremos las previsiones legales en relación al desistimiento del contrato de arrendamiento por el arrendatario en los arrendamientos de vivienda y en los locales de negocio, y la doctrina del Tribunal Supremo enmarcada en esas resoluciones citadas.

II. DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

1. *Iter* normativo en la previsión de esta facultad del arrendatario

Ya en el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos en su artículo 56 se venía a prever la posibilidad de que el arrendatario diera por finalizado el contrato de arrendamiento suscrito de modo anticipado en cualquier momento y sin necesidad de justificarlo en una causa concreta, siempre que preavisase al arrendador con al menos treinta días de antelación a la fecha prevista de finalización y abonando al arrendador una indemnización que se cuantificaba en un importe equivalente a la renta que hubiera correspondido abonar por el plazo que conforme al contrato quedaba pendiente de cumplirse. Realmente como tal no se habla de desistimiento *ad nutum* del arrendatario, sino de la posibilidad de que desaloje el inmueble anticipadamente; aunque en definitiva, viene a tener los mismos efectos, y lo que realmente se regulaban y determinaban eran las condiciones para que ese desalojo anticipado y finalización del contrato tuviera lugar.

En este caso no se hacía distinción ninguna entre los arrendamientos para uso de vivienda y los arrendamientos de local de negocio: en ambos casos era viable el ejercicio de esa facultad de desistimiento por el arrendatario en las condiciones indicadas.

Ahora bien, se llegó a matizar esta previsión en la práctica, y concretamente en relación a la indemnización a abonar por el arrendatario al arrendador, por cuanto se entendía que pudiera concurrir un enriquecimiento injusto por el arrendador si recibía esa indemnización por el total de la renta por los años pendientes del contrato, y además obtenía las rentas derivadas de un nuevo contrato suscrito con un nuevo arrendatario por ese tiempo ya indemnizado. El arrendatario desistido ya había puesto a disposición del arrendador el inmueble y también abonado la indemnización; pero el arrendador como propietario del inmueble y con plena disposición del mismo, lógicamente no tenía ningún impedimento para volverlo a arrendar. Sin embargo, sí que se consideró injusto por los tribunales la percepción simultánea de importes por un mismo periodo de tiempo derivados de un doble arrendamiento del mismo inmueble, en la medida que al volverse a arrendar carecía de justificación entonces la indemnización abonada por el primer arrendatario al desistir del contrato pues ningún daño se causa al arrendador con la extinción anticipada del mismo, generándose por el

contrario un enriquecimiento injusto por ello; de ahí que en muchas ocasiones se llegó a reducir esa indemnización debida por el arrendatario por su desistimiento al importe de las rentas que conforme al contrato del que se desistía debían haberse abonado pero limitándolas hasta el momento en que comenzó a tener efectos el nuevo arrendamiento con un tercero, o en general, moderar la indemnización atendiendo a las circunstancias del caso (así, cfr. SSTS de 15 de junio de 1993, 25 de enero de 1996, 23 de mayo de 2001, 15 de julio de 2002, 20 de mayo de 2004, 3 de febrero de 2006, 5 de julio de 2006, 12 de junio de 2008 y 18 de marzo de 2010, entre otras).

Este régimen cambia[1] con la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU) que acogió un criterio de diferenciación más amplia entre los arrendamientos urbanos para uso de vivienda y los arrendamientos para uso distinto de vivienda en general y, particularmente, en esta cuestión relativa al desistimiento del arrendatario.

En primer lugar, cabe destacar cómo el régimen aplicable con esta LAU de 1994 tiene un carácter más imperativo en el caso de los arrendamientos para uso de vivienda que en los arrendamientos de local de negocio. Conforme señala el artículo 4 LAU (antes de la nueva redacción dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de vivienda) estos arrendamientos de vivienda se regían por las normas de la LAU en su título II, en su defecto por la voluntad de las partes a través de sus pactos y supletoriamente por lo previsto en el Código Civil en esta materia; en el caso de los arrendamientos para uso distinto de vivienda, en cambio, era la voluntad de las partes la primera fuente rectora, y en su defecto lo previsto en el título III de la LAU y supletoriamente el Código Civil. Esta diferenciación en las fuentes del régimen de cada modalidad arrendaticia se atempera en cierto modo tras la reforma de este artículo 4 por la citada Ley 4/2013 en relación a los contratos sobre viviendas, pues se recoge como primera fuente los pactos de las partes, aunque eso sí, dentro del marco dispuesto en el título II de la LAU, y ya supletoriamente el Código Civil; manteniéndose igual la previsión del artículo 4 en relación con los arrendamientos para uso distinto de vivienda.

Por lo que se refiere a las previsiones en relación al desistimiento *ad nutum* del arrendatario, tras la LAU de 1994 las diferencias entre los arrendamientos de vivienda y los arrendamientos de local de negocio fueron más profundas: mientras que para los arrendamientos de vivienda hay una previsión expresa reconociendo esa facultad del arrendatario, no hay una disposición similar para los arrendamientos para uso distinto de vivienda. Inicialmente, antes de la reforma acometida por la Ley 4/2013, el artículo 11 LAU admitía el desistimiento del arrendatario solo para los casos de arrendamientos para uso de vivienda en los que se hubiera pactado una duración superior a los cinco años, y ya hubieran transcurrido al menos cinco años, preavisando al arrendador con al menos dos meses de antelación; actualmente, tras la Ley 4/2013 y la modificación del tenor literal de este artículo 11 LAU en un claro interés de favorecer al arrendatario, ya no se exige para poder desistir del mismo que el contrato tenga una duración concreta o superior a un límite, sino que basta con que transcurran seis meses desde el inicio del contrato (de cualquier duración que sea este) para que, a su voluntad y sin necesidad de justificación concreta, el arrendatario pueda desistir del mismo, preavisando tan solo con al menos treinta días de antelación al arrendador. Como consecuencia de ese desistimiento del arrendatario, tanto antes como después de la reforma introducida por la Ley 4/2013, la LAU no establece la obligación legal de abonar una indemnización al arrendador, sino

que se limita a prever la posibilidad de que se pacte por las partes al celebrar el contrato una indemnización para el eventual caso de que el arrendatario desista unilateralmente y *ad nutum* del mismo; indemnización que, por otro lado, sería mucho menor a la que anteriormente se indicaba en la LAU de 1964: mientras que en esta última se preveía el pago de la totalidad de la renta pactada por el tiempo pendiente, con la LAU de 1994 la indemnización en caso de que se hubiera pactado por las partes se limita al importe de un mes de renta por año de contrato pendiente de cumplir (con el prorrateo proporcional para periodos inferiores a un año); sin duda, una previsión que favorece al arrendatario y está en consonancia con el objetivo del fomento del mercado de alquiler, al menos por lo que respecta al arrendatario.

Como puede observarse, con la LAU de 1994, y especialmente tras su reforma por la Ley 4/2013, las ventajas del arrendatario en el marco de determinar la terminación del contrato de arrendamiento por su sola voluntad son más que evidentes: se le ponen pocas limitaciones en su ejercicio (tan solo la exigencia del transcurso de seis meses de contrato y un preaviso de 30 días al arrendador) y las consecuencias indemnizatorias pueden ser nulas si es que no se pactó nada, o como mucho, debería abonar una mensualidad de renta por año pendiente de cumplir, pudiendo incluso haber pactado una indemnización menor[2]. Estas previsiones sin duda favorecen el alquiler y la decisión de una persona de convertirse en arrendatario pues sabe que podría desistir del contrato con cierta facilidad para el caso de que encuentre otra alternativa de vivienda en alquiler o de otra forma mejor a la que tiene; y ello máxime teniendo en cuenta que la duración de los contratos de arrendamiento de vivienda no tienen una duración larga (de hecho se limitó la duración mínima a tres años, pero siempre atendiendo a la voluntad del arrendatario en las eventuales prórrogas legales: artículos 9 y 10 LAU tras la reforma de la Ley 4/2013), con lo que la posible indemnización no será alta.

En una época de crisis económica como la sufrida en España los últimos años sin duda esta previsión normativa permite afrontar determinadas situaciones en las que por circunstancias sobrevenidas no se puede atender el pago de las rentas y al menos se permite desistir del contrato sin excesivas cargas. Aunque lo cierto es que, en la práctica, también hay quien, pese a esas circunstancias sobrevenidas que impiden atender el pago de las rentas de alquiler, no desiste del contrato sino que deja de pagar y simplemente usa y ocupa el inmueble hasta que se procede al desahucio por el arrendador; esto también motiva a veces la decisión del arrendador de aceptar el desistimiento sin indemnización para así lograr el desalojo del inmueble más rápidamente sin tener que acudir al proceso de desahucio. Ahora bien, la reducción de la previsión indemnizatoria recogida en el actual artículo 11 LAU con respecto a la redacción anterior de la LAU de 1964 (pasando de la obligación de abonar la totalidad de las rentas debidas por el tiempo de contrato pendiente a solo un mes de renta por año pendiente de cumplir), sin duda propicia una decisión del arrendatario tendente más a desistir que a dejar de pagar y provocar el desahucio, pues económicamente en principio suele resultarle más beneficioso.

Y lo cierto es que una situación similar podemos observar en la práctica en el caso de los locales de negocio. La crisis económica ha afectado de modo importante al desarrollo de la actividad empresarial, los ingresos, pagos a proveedores, falta de crédito… Y en muchos casos esa actividad empresarial era la única fuente de ingresos de una familia. Esta situación afectó a los propios ingresos de esa familia para afrontar los gastos y la devolución de un préstamo hipotecario sobre su vivienda o del arrendamiento de su vivienda; pero también ha afectado

a aquellos profesionales arrendatarios de locales de negocio que han visto cómo no podían hacer frente a esas rentas debidas. Sin embargo, para ellos no hay una previsión en la LAU como se prevé para los arrendatarios de vivienda en el artículo 11 LAU; no se prevé que puedan desistir de ese contrato de arrendamiento (que habitualmente tiene una duración superior al de vivienda) cuando quieran, aun bajo ciertas condiciones; eso sí, siempre queda la posibilidad de que se pacte por contrato esa posibilidad, condiciones y efectos concretos (cfr. art. 4 LAU).

2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el reconocimiento del derecho de desistimiento del arrendatario en arrendamientos para uso distinto al de vivienda

Como se ha indicado, los principales problemas han ido surgiendo en el marco de los arrendamientos de local de negocio, precisamente por ese cambio normativo con la LAU de 1994 y la falta de previsión legal expresa desde entonces en relación con la facultad del arrendatario del local de desistir del contrato *ad nutum*.

En el caso de los arrendamientos de vivienda también han surgido conflictos, pero estos no han sido en relación a la existencia de tal facultad pues ya viene recogida expresamente en el artículo 11 LAU[3], sino que fundamentalmente se centran en la indemnización a abonar al arrendador, y la posibilidad de moderarla atendiendo a las circunstancias concurrentes para evitar un posible enriquecimiento injusto por el arrendador, particularmente cuando ya se ha celebrado un nuevo contrato de arrendamiento con un tercero que ya ocupa el inmueble o hay altas probabilidades de que ello tenga lugar con una mínima actuación del arrendador; aunque cabe advertir que a esta moderación se le ha puesto cierto freno ante los pactos expresos de indemnización por desistimiento unilateral con las SSTS de 10 y 11 de marzo de 2014[4].

Por lo que respecta a los arrendamientos urbanos para uso distinto de vivienda la controversia se centra fundamentalmente en la posibilidad de aplicar analógicamente la previsión del artículo 11 LAU a estos arrendamientos y considerar que en los casos de arrendamiento de local de negocio también el arrendatario pueda desistir *ad nutum* unilateralmente del contrato, simplemente con un preaviso de treinta días al arrendador y procurándole la indemnización de un mes de renta por año pendiente de cumplir del contrato. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha sentado una doctrina clara ya negando esa aplicación analógica en sus sentencias de 18 de marzo de 2016, 16 de mayo de 2017 y 3 de octubre de 2017.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se han presentado tres tipos de casos en relación con este desistimiento unilateral del contrato por el arrendatario de local de negocio:

A) En primer lugar cabe señalar aquellos casos en los que en el contrato de arrendamiento de local de negocio se previó una cláusula que otorga al arrendatario la facultad de resolver y desistir unilateralmente del contrato, quedando obligado a pagar al arrendador una determinada cantidad de dinero según el pacto acordado por las partes (entre otras, SSTS de 23 de diciembre de 2009, de 6 de noviembre de 2013, de 10 de diciembre de 2013 y de 29 de mayo de 2014).

Estos casos evidentemente responden al régimen propio de estos contratos en los que la primera fuente rectora son los acuerdos de las partes (art. 4 LAU). Si entre las partes se reconoce esa facultad al arrendatario hay que estar a ello, y,

por lo tanto, el ejercicio de este desistimiento unilateral tendrá las consecuencias previstas por las partes en cuanto a la terminación del contrato y la eventual indemnización a abonar al arrendador, siempre que se lleve a cabo bajo las condiciones asimismo pactadas y determinadas en el contrato. Pueden existir controversias fundamentalmente en cuanto a la interpretación del contrato respecto a las condiciones o requisitos de ejercicio o la indemnización a abonar, pero hay una admisión clara de la posibilidad de desistir y una base formal cierta en la que apoyar las consecuencias de ello.

En relación con la indemnización, cabe preguntarse por la posibilidad de una moderación por el juez (cfr. art. 1154 del Código Civil) de lo previsto en la cláusula tendente a evitar enriquecimientos injustos atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso: i) que el arrendador haya alquilado ya el local una vez que el arrendatario le ha puesto a su disposición el inmueble (de ahí que se reduzca la indemnización hasta una cantidad equivalente al total de las rentas que correspondan por el tiempo exacto en que el inmueble ha estado desocupado: cfr. SSTS de 2 de octubre de 2008, de 3 de febrero de 2006 y de 7 de junio de 2006); ii) que no se haya alquilado aún de nuevo pero habría muchas posibilidades de hacerlo, con una justificada y previsible actuación diligente en este sentido por la parte arrendadora, atendiendo por ejemplo a la publicidad hecha para arrendar (cfr. SSTS de 18 de marzo de 2010 y de 9 de abril de 2012). Pero a este respecto, también cabe atender a lo señalado expresamente en el artículo 1154 del Código Civil: «El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor»; en este sentido, la moderación judicial se prevé para los casos en que no ha habido un incumplimiento exacto y total de la obligación conforme se recoge en la cláusula penal, sino un incumplimiento parcial o irregular.

Asimismo, cabe advertir que la STS de 10 de marzo de 2014 fija como doctrina jurisprudencial que «en los contratos por negociación, en los que expresamente se prevea una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral de las partes, la valoración o alcance patrimonial de la pena establecida no puede ser objeto de la facultad judicial de moderación, cuestión que pertenece al principio de autonomía de la voluntad de las partes». Por su parte, la STS de 11 de marzo de 2014 señala que «la declaración de abusividad de las cláusulas predispuestas bajo condiciones generales, que expresamente prevean una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral de las partes, no permite la facultad judicial de moderación equitativa de la pena convencionalmente predispuesta; sin perjuicio del posible contenido indemnizatorio que, según los casos, pueda derivarse de la resolución contractual efectuada».

Por lo tanto, habrá que atender a lo previsto en la cláusula penal incorporada al contrato para el caso de desistimiento unilateral del arrendatario, sin que quepa moderación de la indemnización prevista si hay un incumplimiento exacto de la obligación en los términos previstos en la cláusula penal pactada y si el arrendatario incumple totalmente su obligación en tal sentido (cfr. SSTS de 14 de junio de 2006, 5 de julio de 2006, 4 de octubre de 2007, 10 de diciembre de 2013, 10 de marzo de 2014 y 7 de abril de 2014); ni si el contrato se modificó por las partes de común acuerdo (cfr. STS de 23 de enero de 2009); siendo posible la moderación para el caso de un incumplimiento parcial o irregular de la obligación prevista en la cláusula penal.

B) Cabe destacar también los casos en los que en el contrato no se recogió ninguna cláusula reconociendo la facultad del arrendatario de desistir unilateral-

mente, pero no obstante el arrendatario decide desistir y manifestar su voluntad de terminar el arrendamiento y el arrendador acepta o acaba por aceptar la resolución del mismo reclamando indemnización de los daños y perjuicios provocados por la resolución (entre otras, STS de 9 de abril de 2012).

En estos supuestos el conflicto se resuelve precisamente por la admisión del arrendador de dotar de efectos resolutorios a esa voluntad de desistimiento del arrendatario; efectos que no estaban reconocidos por contrato como tampoco su derecho a poner fin unilateralmente al contrato *ad nutum*; derecho tampoco reconocido expresamente por la LAU para estos casos de arrendamiento para uso distinto al de vivienda. Pero voluntariamente el arrendador acepta que se resuelva ese contrato de esta forma, aunque eso sí reclama que se le abone una indemnización por esa terminación anticipada del contrato. A este respecto, cabe advertir que el hecho de entregar las llaves el arrendatario no es suficiente para entender que el arrendador acepta esa terminación del contrato y haya acuerdo en sus efectos extintivos (entre otras, cfr. SSTS de 27 de septiembre de 2013, 18 de marzo de 2016, 16 de mayo de 2017 y 3 de octubre de 2017).

El principal objeto de controversia en estos casos radica en la cuantificación de esa indemnización ya que no hay cláusula que la especifique. A este respecto resulta esencial la prueba de los daños y perjuicios sufridos por el arrendador como consecuencia de ese desistimiento unilateral, y dentro de esos daños concretamente el lucro cesante; este vendría determinado por las rentas dejadas de percibir por el arrendador por el tiempo de duración del contrato pactado y que por ese desistimiento unilateral y anticipado no va a poder percibir.

También de cara a esa cuantificación el juez atenderá a las circunstancias del caso, y concretamente a las indicadas en supuestos anteriores: posibilidades reales de volver a arrendar en un periodo de tiempo corto, o el que ya se haya arrendado de nuevo el local, percibiendo por ello unas rentas que, por tanto, reducen esa pérdida de lucro cesante que alegue el arrendador.

C) Y un último grupo de supuestos se centra en los casos en que tampoco existe una cláusula en el contrato que reconozca al arrendatario la facultad de desistir unilateralmente *ad nutum*, y, sin embargo, este manifiesta su voluntad de terminar el arrendamiento, pero el arrendador no lo acepta y pide el cumplimiento del contrato, es decir, el pago de las rentas conforme a los vencimientos pactados en el contrato (cfr. SSTS de 26 de junio de 2002, de 18 de marzo de 2016, de 16 de mayo de 2017 y de 3 de octubre de 2017).

En estos casos, ante la demanda del arrendador negando la eficacia del desistimiento unilateral e instando el cumplimiento total del contrato y el pago de todas las rentas, el arrendatario en el supuesto analizado en la STS de 3 de octubre de 2017 alega la eficacia de ese desistimiento pretendiendo la aplicación analógica del artículo 11 LAU a estos casos de arrendamientos de local de negocio, y por ello considerar suficiente la indemnización ofrecida de una mensualidad de renta por año pendiente de cumplimiento. Sin embargo, el Tribunal Supremo la niega por entender que no existe identidad de razón.

El artículo 4.1 del Código Civil, al regular el uso de la analogía, señala: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Vendrían a ser requisitos de la aplicación analógica, por tanto: a) que nos encontremos ante un supuesto específico sin previsión normativa alguna que lo regule; b) que respecto a otro supuesto distinto sí que exista una norma que lo regule; c) que entre el primer y el segundo supuesto exista una semejanza o identidad de razón esencial que justifique que esa norma que

regula el segundo supuesto pueda aplicarse al primero; y d) que no exista una prohibición legal de cara a aplicar esa analogía.

En estos casos de desistimiento unilateral *ad nutum* por el arrendatario en los contratos de arrendamiento de local de negocio, el Tribunal Supremo en su STS de 3 de octubre de 2017 lo que viene a advertir es que no cabe apreciar ni la existencia de laguna legal ni identidad de razón entre el supuesto de desistimiento unilateral sí regulado (arrendamiento de vivienda) y el no regulado (arrendamiento distinto de vivienda), pues los arrendamientos para uso distinto de vivienda sí que cuentan con una regulación y previsión normativa que, aunque no recoja expresamente la posibilidad de desistir unilateralmente, prevé como primera fuente aplicable los pactos entre las partes, de modo que nada obsta a que precisamente se reconozca entre las partes ese desistimiento unilateral *ad nutum* por el arrendatario. Así, la STS de 3 de octubre de 2017 a este respecto en su fundamento jurídico quinto indica: «El artículo 11 de la LAU regula el desistimiento para el arrendamiento de viviendas, pero no se recoge un supuesto similar en el arrendamiento para uso distinto de vivienda, figura que no precisa de tutela específica al estar subordinada a los pactos existentes entre las partes (art. 1255 del Código Civil), por lo que no procede una aplicación analógica del precepto al carecer de identidad de razón (art. 4 del Código Civil). Nada obstaba a que las partes hubiesen pactado el desistimiento anticipado, pero no lo hicieron».

Igualmente, el Tribunal Supremo en esta sentencia de 3 de octubre de 2017, como ya advirtió en las anteriores resoluciones de 18 de marzo de 2016 y de 16 de mayo de 2017, advierte que en estos casos en los que no hay cláusula contractual pactando el desistimiento unilateral ni su eventual indemnización, ni tampoco consta la aceptación por el arrendador de la resolución anticipada del contrato por el arrendatario por esa vía, no puede acordarse la moderación de la indemnización precisamente porque esta no fue pedida; lo que pidió el arrendador no fue una indemnización de daños sino el cumplimiento del contrato (conforme le faculta el art. 1124 del Código Civil); y ese cumplimiento del contrato en los términos pactados, conlleva el pago de las rentas por todo el tiempo de duración del contrato; aunque en este caso, la condena, conforme pidió el demandante, lo es por las rentas debidas por el tiempo de contrato hasta que recaiga sentencia firme.

3. Aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*

Una de las alegaciones más habituales del arrendatario justificando su voluntad de desistimiento unilateral del contrato de arrendamiento y la resolución del contrato es la relativa a la imposibilidad de atender el pago de las rentas, especialmente ya en los últimos años como consecuencia de la crisis económica. Y de ahí que pretendan la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* al caso.

El Tribunal Supremo en sus sentencias de 3 de octubre y 16 de mayo de 2017 no aborda directamente esta cuestión de la aplicación de esta cláusula en la medida que no puede en casación modificarse la relación de hechos declarados probados por la sentencia recurrida. En la sentencia recurrida en estos casos se descartó la aplicación de esta doctrina por entender que no concurrían los requisitos para la misma en cuanto a una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al formalizar el contrato, que no cabía apreciar una imprevisibilidad que justifique el desistimiento como causa resolutoria efectiva

y que, aunque existía dificultad de cumplimiento como consecuencia de la crisis económica, no podía apreciarse, sin embargo, imposibilidad.

En primer lugar debe advertirse que deben distinguirse claramente las figuras de «imposibilidad sobrevenida» y «aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*»; una distinción que no siempre se pone de manifiesto claramente en los textos jurídicos. La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no exige imposibilidad de cumplimiento, sino una alteración de las circunstancias previstas inicialmente en el contrato que determina una mayor onerosidad o carga en la prestación debida por una de las partes, lo que justifica la revisión de las condiciones contractuales, pero ello no siempre lleva consigo la resolución del contrato ni la justifica, admitiéndose solo la modificación contractual. En este sentido, la STS de 30 de junio de 2014 indica: «la aplicación de la cláusula *rebus* no se realiza en atención a la perspectiva de la posible liberación del deudor, desde el estricto plano de la posibilidad o no de realización de la prestación tras el acontecimiento sobrevenido, cuestión que por su alcance requiere la naturaleza fortuita del mismo y la rigidez de su imprevisibilidad sino que le basta con que dicho acontecimiento o cambio de las circunstancias, más allá de la posibilidad de realización de la prestación, comporte una alteración de la razón o causa económica que informó el equilibrio prestacional del contrato que determina una injustificada mayor onerosidad para una de las partes. De esta forma, la imprevisibilidad de esta alteración no queda informada por el carácter fortuito de la misma, sino por un juicio de tipicidad contractual derivado de la base del negocio y especialmente del marco establecido respecto a la distribución del riesgo natural del contrato, con lo que la imprevisibilidad, fuera de su tipicidad en el caso fortuito, queda reconducida al contraste o resultado de ese juicio de tipicidad, esto es, que dicho acontecimiento o cambio no resultara "previsible" en la configuración del aleas pactado o derivado del contrato. De ahí, que la nota de imprevisibilidad no deba apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de la producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio, considerada en sí misma, sino en el contexto económico y negocial en el que incide (STS de 26 de abril de 2013, núm. 308/2013)».

Por otro lado, cabe atender a la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la apreciación de las circunstancias económicas derivadas de la crisis sufrida estos últimos años como causa justificativa de la aplicación de esta cláusula *rebus sic stantibus* en el marco del cumplimiento de los contratos.

La cláusula o regla *rebus sic stantibus* trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato.

Tal y como advierte la STS de 13 de julio de 2017, «en Derecho español no existe una formulación legal de la doctrina de la cláusula *rebus* ni tampoco una regla general que permita al deudor liberarse de sus obligaciones cuando empeora su situación económica. Sin embargo, es indiscutida en la doctrina jurisprudencial la existencia de un principio que permitiría a un contratante desligarse del contrato, exonerándose de toda responsabilidad, como consecuencia de la aparición de hechos sobrevenidos imprevisibles»[5].

Según la STS de 16 de octubre de 1989, «su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre

las pretensiones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles».

Por su parte la STS de 27 de abril de 2012 señala: «Los presupuestos exigidos por la jurisprudencia de esta Sala, para llevar a cabo una revisión de un contrato en aplicación del principio general contenido de la cláusula "rebus sic stantibus", aluden a una alteración de las circunstancias entre el momento de la perfección del contrato y el de consumación, desproporción que ha de ser exorbitante entre las prestaciones de las partes, que se produjo por un riesgo imprevisible y, por último, la subsidiaridad por no caber otro remedio (SSTS de 20 de noviembre de 2009 y 21 de febrero de 2012); si tienen lugar todas estas circunstancias, la aplicación de la referida cláusula no producirá la extinción del contrato, sino a su modificación […] la posibilidad de revisión de un contrato con aplicación del principio general de la cláusula «rebus sic stantibus» exige los requisitos de alteración de las circunstancias entre el momento de la perfección del contrato y el de consumación, desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, que ha de haberse producido por un riesgo imprevisible y la subsidiaridad por no caber otro remedio».

Reconocida dicha regla por la jurisprudencia, esta se ha mostrado siempre, sin embargo, muy cautelosa en su aplicación, dado el principio general, contenido en el artículo 1091 del Código Civil, de que los contratos deben ser cumplidos (entre otras, SSTS de 10 de octubre de 1990, y de 15 de noviembre de 2000). Así pues, inicialmente cabe destacar una doctrina jurisprudencial claramente restrictiva de la aplicación de esta figura por el carácter peligroso y cauteloso que comporta la misma, con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: «alteración extraordinaria», «desproporción desorbitante» y circunstancias «radicalmente imprevisibles» (SSTS de 23 de abril de 1991 y 10 de febrero de 1997).

Pero ha habido un cambio progresivo de esta postura tradicional tendiéndose a una mayor normalización de la aplicación de esta cláusula. «En la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento, así como al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada en donde su necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal de la relación negocial derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada. Esta tendencia hacia la aplicación normalizada de la figura, reconocible ya en las sentencias de esta Sala de 17 y 18 de enero de 2013 (núms. 820/2012 y 822/2012, respectivamente), en donde se declara que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias» y «también responde a la nueva configuración que de esta figura ofrecen los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos (Principios Unidroit, Principios Europeos de la Contratación o el propio Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de nuestro Código Civil)» (SSTS de 30 de abril, 30 de junio y 15 de octubre de 2014).

En cuanto a los efectos de la aplicación de esta cláusula, en general se advierte de que tienden a afectar al plano de la modificación contractual más que a la extinción del contrato. Concretamente en un caso de arrendamiento ya la STS de 27 de abril de 2012 advertía de que la aplicación de la cláusula tras la apreciación del cumplimiento de sus presupuestos conllevaba la modificación del contrato y no su extinción; y la STS de 15 de octubre de 2014, también en un caso de arrendamiento, señaló: «el alcance modificativo de la cláusula *rebus* ha resultado de aplicación preferente, con carácter general, tanto en la doctrina tradicional de esta Sala, como en su reciente caracterización llevada a cabo en la citada sentencia de 30 de abril de 2014 (núm. 333/2014). En esta línea, también debe precisarse que esta solución se corresponde, en mayor medida, con el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (*favor contractus*); criterio, que la reciente doctrina de esta Sala ha elevado a principio informador de nuestro sistema jurídico, más allá de su tradicional aplicación como mero criterio hermenéutico, STS de 15 de enero de 2013 (núm. 827/2012). Pero además, y en todo caso, el alcance modificativo también se corresponde mejor con la naturaleza y características del contrato celebrado, esto es, de un contrato de arrendamiento de larga duración».

Pero es más, incluso el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de abril de 2012 advertía que pese a la larga duración de los contratos de arrendamiento, no cabía apreciar el presupuesto de imprevisibilidad ante la crisis económica con base en la existencia de normas y cláusulas de actualización de renta[6].

Como se ha indicado antes, a partir de las SSTS de 17 y 18 de enero de 2013 se estimó como hecho notorio que la actual crisis económica (con notables, profundos y prolongados efectos de recesión económica) puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido. Pero el Tribunal Supremo advierte de que este hecho notorio no implica la aplicación generalizada ni automática de la cláusula *rebus sic stantibus* ni, por ello, la modificación del contrato ni mucho menos su extinción o resolución. Habrá que atender al caso concreto y revisar el cumplimiento de los presupuestos de esta figura. Y, a este respecto, la STS de 30 de junio de 2014 señala: «resulta necesario examinar que el cambio operado comporte una significación jurídica digna de atención en los casos planteados, esto es, que la crisis económica constituya en estos casos un presupuesto previo, justificativo del cambio operado no significa que no deba entrarse a valorar su incidencia real en la relación contractual de que se trate; de ahí, que ambas sentencias destaquen que la crisis económica, como hecho ciertamente notorio, no pueda constituir por ella sola el fundamento de aplicación de la cláusula *rebus* máxime, como resulta de los supuestos de hecho de las sentencias citadas, cuando confundiéndose la tipicidad contractual de la figura se pretende su aplicación por la vía errónea de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (1182 a 1184 del Código Civil). En relación a la excesiva onerosidad hay que señalar que su incidencia debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. Este hecho se produce cuando la excesiva onerosidad operada por dicho cambio resulte determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato). En este caso, las hipótesis son básicamente dos; que la excesiva onerosidad refleje un

substancial incremento del coste de la prestación, o bien, en sentido contrario, que la excesiva onerosidad represente una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida».

A la vista de lo aquí señalado, cabe concluir, por tanto, que aunque ha habido una evolución relevante en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* desde una postura más restrictiva a una más normalizada, eso no implica una aplicación generalizada y automática en periodos de circunstancias económicas adversas o críticas. Deberá analizarse el caso y el cumplimiento de los presupuestos de esta figura, pero con carácter general los efectos serán principalmente modificativos y no extintivos, por lo que difícilmente fundamentaría una voluntad resolutoria por la vía del desistimiento unilateral del arrendatario.

Asimismo, en cuanto a la eventual alegación de la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento para amparar ese desistimiento unilateral, la jurisprudencia es muy restrictiva en su aplicación, y aun reconociendo las dificultades económicas que puedan existir, niega que exista imposibilidad en el pago de las rentas, y además remite a la existencia de normas y cláusulas de actualización de rentas. Con esta postura, en su caso, cabría atender a una posible modificación del contrato si se dieran los presupuestos de la cláusula *rebus sic stantibus*, como se ha indicado antes, pero no así la extinción del contrato.

III. CONCLUSIONES

I. La LAU reconoce en su artículo 11 expresamente la facultad del arrendatario de vivienda de desistir unilateralmente del contrato *ad nutum* bajo ciertas condiciones, y pudiendo pactarse una indemnización a favor del arrendador.

II. Pero en cambio esta facultad no está reconocida expresamente al arrendatario del local de negocio, y conforme advierte el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de octubre de 2017, no cabe la aplicación analógica del artículo 11 LAU a este tipo de arrendamientos. En consecuencia, si el arrendador no acepta la voluntad resolutoria del arrendatario con ese desistimiento, este no tendrá ningún efecto, el contrato se mantendrá vigente y con ello la obligación de cumplirlo por parte del arrendatario y de exigir por el arrendador el pago de todas las rentas. En la medida que se exige el cumplimiento total del contrato y no una mera indemnización por daños, no cabe moderación por el juez de esas cantidades.

III. Ahora bien, aunque no está prevista legalmente, sí que cabe que esta facultad de desistimiento unilateral sea reconocida en el contrato por pacto entre las partes, incluida una posible indemnización al arrendador, y las condiciones para el ejercicio efectivo de esa facultad. Este pacto sin duda conviene al arrendatario que se prevea. Pero cabe advertir que también puede beneficiar al arrendador en cuanto que, estableciendo ciertas condiciones, le sea más fácil arrendar el inmueble o incluso al menos permitir un desistimiento con una indemnización oportuna y la recuperación inmediata de la posesión del inmueble, antes que encontrarse en una situación en la que el arrendatario deje de pagar las rentas, se mantenga en la posesión del inmueble, y tenga que acudir el arrendador a un proceso de desahucio. Este motivo también justificaría el que, pese a no existir cláusula que faculte al arrendatario para desistir unilateralmente, el arrendador lo acepta y admite la resolución del contrato, si bien exigiendo la oportuna indemnización.

IV. Pese a existir una evolución relevante en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* desde una postura más restrictiva a una más normalizada, no

hay una aplicación generalizada y automática de esta figura por la existencia de una crisis económica. Deberá analizarse el caso concreto y el cumplimiento de los presupuestos de esta figura, pero con carácter general los efectos serán principalmente modificativos y no extintivos, lo que lleva a concluir que difícilmente fundamentaría esta figura una voluntad resolutoria por la vía del desistimiento unilateral del arrendatario.

V. Aun reconociendo las dificultades económicas que puedan existir, la jurisprudencia en general niega que exista imposibilidad en el pago de las rentas, y además remite a la existencia de normas y cláusulas de actualización de rentas.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 16 de octubre de 1989.
- STS de 10 de octubre de 1990.
- STS de 23 de abril de 1991.
- STS de 15 de junio de 1993.
- STS de 25 de enero de 1996.
- STS de 10 de febrero de 1997.
- STS de 15 de noviembre de 2000.
- STS de 23 de mayo de 2001.
- STS de 26 de junio de 2002.
- STS de 15 de julio de 2002.
- STS de 20 de mayo de 2004.
- STS de 3 de febrero de 2006.
- STS de 7 de junio de 2006.
- STS de 14 de junio de 2006.
- STS de 5 de julio de 2006.
- STS de 4 de octubre de 2007.
- STS de 12 de junio de 2008.
- STS de 2 de octubre de 2008.
- STS de 23 de enero de 2009.
- STS de 21 de mayo de 2009.
- STS de 20 de noviembre de 2009.
- STS de 23 de diciembre de 2009.
- STS de 18 de marzo de 2010.
- STS de 21 de febrero de 2012.
- STS de 9 de abril de 2012.
- STS de 27 de abril de 2012.
- STS 15 de enero de 2013.
- STS 17 de enero de 2013.
- STS 18 de enero de 2013.
- STS de 26 de abril de 2013.
- STS de 6 de noviembre de 2013.
- STS de 10 de diciembre de 2013.
- STS de 10 de marzo de 2014.
- STS de 30 de abril de 2014.
- STS de 29 de mayo de 2014.
- STS de 30 de junio de 2014.
- STS de 15 de octubre de 2014.
- STS de 18 de marzo de 2016.

- STS de 16 de mayo de 2017.
- STS de 13 de julio de 2017.
- STS de 3 de octubre de 2017.

NOTAS

[1] Lógicamente, el régimen cambió para los nuevos arrendamientos que se celebrasen a partir de la entrada en vigor de la Ley 29/1994 y conforme a sus disposiciones transitorias, las cuales advertían que los contratos de arrendamiento subsistentes a la fecha de entrada en vigor de esta nueva Ley de arrendamientos urbanos, se regían por la Ley de 1964 o, en su caso, por el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica.

[2] A este respecto, no debemos olvidar que tal y como se señala en el artículo 6 LAU se advierte que «son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título [se refiere al Título II, relativo a los contratos de arrendamiento para uso de vivienda], salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice». Por lo tanto, en el caso del artículo 11 LAU cabría pactar una indemnización menor respecto a lo previsto en el citado precepto (ya que eso sería más beneficioso para el arrendatario), pero nunca superar el mes de renta por año pendiente de cumplir, pues ese pacto sería nulo y se tendría por no puesto pues modifica lo previsto en el artículo 11 LAU en perjuicio del arrendatario; y es más, en la práctica, un pacto así no beneficiaría siquiera al arrendador pues al tenerse por no puesto, ello implicaría que el arrendador no tendría ninguna indemnización por ese desistimiento, de modo que al arrendador le conviene pactar ese mes de renta por año pendiente de cumplir.

[3] Atendiendo al régimen de la LAU de 1994 anterior a la reforma efectuada por Ley 4/2013, que preveía la facultad de desistimiento unilateral *ad nutum* del arrendatario solo para contratos de duración superior a cinco años y ya hubieran transcurrido al menos cinco años, además de respecto a la posible indemnización al arrendador, también surgieron controversias en cuanto a la posibilidad de admitirlo en arrendamientos de duración inferior a esos cinco años, admitiéndose en caso de que se haya pactado entre las partes.

[4] La STS de 10 de marzo de 2014 fija como doctrina jurisprudencial que «en los contratos por negociación, en los que expresamente se prevea una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral de las partes, la valoración o alcance patrimonial de la pena establecida no puede ser objeto de la facultad judicial de moderación, cuestión que pertenece al principio de autonomía de la voluntad de las partes».

Por su parte, la STS de 11 de marzo de 2014 señala, ya en el marco de la declaración como abusiva de la cláusula penal, que «la declaración de abusividad de las cláusulas predispuestas bajo condiciones generales, que expresamente prevean una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral de las partes, no permite la facultad judicial de moderación equitativa de la pena convencionalmente predispuesta; sin perjuicio del posible contenido indemnizatorio que, según los casos, pueda derivarse de la resolución contractual efectuada».

[5] Esta STS de 13 de julio de 2017 analizaba un caso de compraventa y la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para justificar el incumplimiento por el comprador del pago del precio. En esta STS se concluye: «En definitiva, en nuestro ordenamiento, la imposibilidad sobrevenida liberatoria no es aplicable a las deudas de pago de dinero y no cabe la exoneración del deudor con invocación de la doctrina de la cláusula *rebus* en los casos de dificultades de financiación. Como regla general, la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir un contrato es un riesgo del deudor, que no puede exonerarse alegando que no cumple sus obligaciones contractuales porque se han frustrado sus expectativas de financiarse. Como excepción, el deudor podrá excusarse cuando sea la otra parte quien haya asumido el riesgo de la financiación, por ejemplo asumiendo el compromiso de la financiación por un tercero o vinculando la eficacia del contrato principal a esta financiación».

[6] STS de 27 de abril de 2012: «el transcurso del tiempo en contratos de tan prolongada duración como son los de arrendamiento, y la transformación económica de un país, producida, entre otros motivos, por dicho devenir, no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones fundado en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación; en efecto, el contrato suscrito por los litigantes, en previsión, ya desde su inicio, de la gran duración del arrendamiento, contiene cláusulas de actualización de renta y, con el objetivo de evitar los desequilibrios desproporcionados derivados de la duración de los contratos de arrendamiento en general, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 integra normas de actualización de renta, como indica la demandada en este recurso».

1.6. Responsabilidad Civil

Imperatividad del plazo de pago *ex* Ley de Morosidad, nulidad de su contravención con independencia del carácter abusivo, sin constituir acto propio su falta de impugnación*

Mandatory nature of statutory period of payment ex Law on late payment, nullity of payment period longer than statutory one, control of unfair terms and lack of contesting the unfair term

por

BÁRBARA DE LA VEGA JUSTRIBÓ

Profesora Visitante (Acreditada Titular) de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: Los plazos de pago previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales («Ley de Morosidad») son imperativos a tenor de la doctrina jurisprudencial (STS de 23 de noviembre de 2016), confirmada en la STS de 19 de mayo de 2017, núm. 318/2017. El plazo máximo de pago de 60 días es imperativo. Cualquier plazo superior es nulo de pleno derecho por contravención de norma imperativa (art. 6.3 del Código Civil). Como excepción, cabría un plazo superior a 60 días y hasta un máximo de 90 días en los supuestos en los que, por mandato legal o pacto expreso, exista un procedimiento de aceptación o comprobación de los bienes o servicios prestados. El control de abusividad previsto en el artículo 9 de la Ley de Morosidad opera dentro del plazo marcado por la limitación temporal establecido en la norma. La falta de impugnación previa del pacto por abusivo por el subcontratista, no constituye un acto propio que le impida reclamar los intereses desde la fecha límite conforme a la Ley de Morosidad.

ABSTRACT: The Spanish Supreme Court confirms the mandatory nature of statutory period of payment ex Law on late payment (Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales) in the Spanish Supreme Court's Decision of 23 November 2016 (núm. 688/2016), confirmed in the Spanish Supreme Court's Decision of 19 May 2017 (núm. 318/2017). The Supreme Court

* ORCID: 0000-0002-4636-0680. Este trabajo es resultado del proyecto I+D+i «Conexiones e implicaciones de la legislación contra la morosidad en las operaciones comerciales, al amparo del artículo 83 LOU y artículo 150 de los Estatutos de la Universidad Carlos III de Madrid, financiado por FERBOCAR CONSTRUCCIONES S.A., desarrollado en la citada Universidad, 2011-2012 (IP CANDELARIO MACÍAS, Mª. I.). y del que es miembro la autora.

declared that statutory period of payment (60 days) is mandatory and the nullity of a clause establishing any payment period longer than statutory one. As an exception, where a procedure of acceptance or verification, by which the conformity of the goods or services with the contract is to be ascertained, is provided for, the maximum duration of that procedure does not exceed 90 calendar days from the date of receipt of the goods or services. The creditor should be entitled to claim the interest, despite of the lack of contesting the unfair term.

PALABRAS CLAVE: Ley de Morosidad. Imperativo plazo legal de pago. Nulidad de plazo superior. Control de abusividad. Falta de impugnación.

KEY WORDS: Law on late payment. Mandatory nature of statutory period of payment. Nullity of payment period longer than statutory one. Control of unfair terms. Lack of contesting the unfair term.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LEGISLACIÓN DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD.—III. RESUMEN DE LOS HECHOS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE MOROSIDAD: 1. Resumen de los hechos de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2016, núm. 688/2016. 2. Resumen de los hechos de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2017, núm. 318/2017. 3. Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de febrero de 2017.—IV. DOCTRINA DE TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA NATURALEZA Y ALCANCE DEL PLAZO DE PAGO, CONTROL DE ABUSIVIDAD Y DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. —V. TRASCENDENCIA ACTUAL Y FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE MOROSIDAD.—VI. CONCLUSIÓN.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

En interpretación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en lo sucesivo, Ley de Morosidad) el Tribunal Supremo español y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se han pronunciado recientemente sobre dos cuestiones fundamentales: imperatividad del plazo de pago de la Ley de Morosidad y disponibilidad del cobro de intereses de demora en el plan de pagos a proveedores. De este modo la jurisprudencia pone fin a la discrepancia de la doctrina académica en torno al carácter dispositivo o imperativo del plazo de pago previsto en la Ley de morosidad[1]. La primera de las sentencias dictadas es la Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2016, núm. 688/2016, que es confirmada en la sentencia de 19 de mayo de 2017, núm. 318/2017, (en lo sucesivo, sentencias del Tribunal Supremo de 2016 y 2017). En el plano europeo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 16 de febrero de 2017, se pronuncia sobre la disponibilidad del cobro de intereses de demora prevista en el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros.

II. LEGISLACIÓN DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD

A la regulación del retraso del cumplimiento de la obligación de pago o mora (*mora debitoris)* del Código de Comercio se ha de añadir la legislación especial antimorosidad promulgada en España a impulso, en gran medida, de la Unión Europea. Se trata de normas con las que se persigue hacer frente a un doble problema[2]: los largos aplazamientos de pago y la elevada morosidad. El problema de los largos aplazamientos de pago ha sido constatado pues desde hace tiempo en el tejido empresarial español muchos pequeños proveedores se convierten a menudo en fuente de financiación de otras empresas de mayores dimensiones y de las Administraciones Públicas, al verse obligados a pactar largos aplazamientos de pago del precio que exceden con creces de lo que se conoce comúnmente como «crédito comercial». El segundo de los problemas es la tendencia a la morosidad, pues cuando llega el momento de pagar, los deudores de la obligación de pago del precio suelen retrasarse en el cumplimiento de esta, demorando el pago de las facturas pendientes.

De esta doble problemática se ocupan actualmente en el ordenamiento jurídico español dos leyes cuyo contenido, en parte mercantil y en parte administrativo, requiere su correcto encuadramiento. La primera en el tiempo —no en importancia— es la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM) y se destina en su mayor parte a regular ventas al por menor concluidas entre los protagonistas del comercio minorista, si bien aborda también otras cuestiones y, dentro de ellas, la práctica reiterada de los largos aplazamientos de pago y la morosidad, al que dedica el último capítulo de su Título primero, denominado «adquisiciones de los comerciantes» e integrado por sus artículos 16 y 17. La segunda ley, de mayor relevancia que la anterior dada su vocación de norma general en la ordenación de la materia que regula, es la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, Ley de Morosidad), ampliamente modificada en 2010 (mediante la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la LLCM)[3] y en 2013 (a través de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de Medidas de Apoyo al Emprendedor y de Estímulo del Crecimiento y la Creación de Empleo)[4]. Precisamente sobre esta normativa de morosidad el Tribunal Supremo sienta su doctrina en las sentencias comentadas.

La coexistencia de la normativa referida ha llevado a parte de la doctrina a concluir que actualmente conviven en el Derecho español dos regímenes distintos en materia de aplazamientos de pago y morosidad entre empresas. El contenido en la Ley de Morosidad que se ha de considerar de carácter general frente al de los artículos 16 y 17 LOCM que se presenta como un régimen especial. Lógicamente, la existencia de estos dos regímenes jurídicos plantea los problemas propios de los concursos de normas generales y especiales, que son resueltos por la disposición adicional primera de la Ley de Morosidad de conformidad con el principio de especialidad, de modo que las relaciones jurídicas que caen dentro de los artículos 16 y 17 LOCM se rigen preferentemente por este régimen especial y solo de manera supletoria por el general[5]. El legislador delimita los ámbitos de aplicación de ambos regímenes jurídicos si bien no profundizamos en ello toda vez que las sentencias del Tribunal Supremo que comentamos solo aplican la Ley de Morosidad, dejando de lado la LOCM.

De interés, asimismo, resulta la regulación de la lucha contra la morosidad prevista en el Anteproyecto de Código de Comercio[6] que no ha visto la luz, por lo que damos cuenta de la misma.

III. RESUMEN DE LOS HECHOS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE MOROSIDAD

1. Resumen de los hechos de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2016, núm. 688/2016

Por primera vez, el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre un aspecto particularmente relevante de la Ley de Morosidad. En la sentencia de 23 de noviembre de 2016 resuelve el recurso de casación interpuesto por una empresa subcontratista de una UTE, en el que pretendía el abono de 174.118,70 euros en concepto de intereses devengados por el aplazamiento en el pago de las cantidades abonadas en infracción de lo dispuesto en la Ley de Morosidad, en la redacción dada a la misma por la Ley 5/2010, de 5 de julio, de modificación de la citada Ley 3/2004. Aunque dicha Ley 3/2004 fue objeto de modificación posterior a la antes citada de 2010 por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo —LMAE—, como el Tribunal Supremo se apoya en esta última reforma en sus razonamientos, su doctrina es de aplicación en el momento actual a la redacción vigente de la Ley de Morosidad.

En síntesis, la cuestión que tuvo que resolver el Tribunal Supremo fue decidir si el plazo de pago previsto en la citada legislación de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales es imperativo y, por consiguiente, si cabe o no pacto en contrario contra la misma. Concretamente en el caso enjuiciado se había pactado en la cláusula 5.4 del contrato analizado que: «[…] En caso de conformidad de las facturas presentadas, el CONTRATISTA, abonará su importe mediante la entrega de pagaré a la orden, con vencimiento a 180 días de la fecha de recepción de la factura en las oficinas centrales, coincidiendo este con los días 20 de cada mes, entendiéndose que este aplazamiento está compensado con el interés incluido en el precio, de acuerdo con lo pactado en la cláusula segunda de este contrato». Así como en la cláusula 2.2 del mismo contrato, que: «[…] Los precios establecidos en este Contrato se han fijado de común acuerdo, incluyendo un tipo de interés no inferior al interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos, derivado del aplazamiento acordado en el pago de las facturas relativos al mismo, con lo que se da amplio cumplimiento a lo dispuesto en Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo que supone que tales precios son los totales de coste para el CONTRATISTA principal».

2. Resumen de los hechos de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2017, núm. 318/2017

Los hechos se enmarcan en un contrato de ejecución de obra en el que se suscita la aplicación de la Ley de Morosidad a los plazos de pago pactados. Don Maximino, titular de un negocio dedicado al movimiento de tierras y excavaciones, y subcontratista de la obra objeto del litigio, interpuso una demanda contra la contratista principal y adjudicataria de la obra, la entidad Infraestructuras Terrestres S.A. (Intersa), en la que reclamó el pago de 65.657,56 euros, más los intereses legales, con base en las facturas emitidas y los trabajos realizados.

De igual forma, dirigió su demanda contra el propietario de la obra, la entidad Adif (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias), por la misma cantidad

y por la vía de la responsabilidad solidaria en aplicación del artículo 1597 del Código Civil. En la demanda, solicitó la declaración de nulidad por abusivas de las cláusulas contractuales que determinaban plazos superiores a los previstos por la Ley de Morosidad.

Los demandados se opusieron a la demanda. Intersa alegó que las referidas facturas no estaban vencidas y, por tanto, no resultaban exigibles. Además, señaló que la factura núm. 20, de 25 de diciembre de 2010, por importe de 7687,11 euros, había sido pagada mediante un pagaré que fue debidamente atendido y cargado en su cuenta. Adif excepcionó la falta de legitimación activa de la demandante para interponer la acción del artículo 1597 del Código Civil.

En el contrato entre la contratista adjudicataria de la obra (Intersa) y el subcontratista, de 7 de febrero de 2011, se estableció que los pagos se hacían mediante pagarés con un vencimiento a 180 días contados desde la conformidad del contratista y la recepción de toda la documentación solicitada.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda en su integridad al considerar que el carácter abusivo de la cláusula contractual de determinación del plazo no se producía por la mera circunstancia de que se pactasen plazos más amplios que los previstos en el artículo 4.1 de la Ley de Morosidad, sino que debían tenerse en cuenta la naturaleza del contrato y las circunstancias concurrentes. De forma que, examinados estos extremos en su conjunto, consideró que la determinación del plazo de pago prevista en el contrato no resultaba abusiva.

Interpuesto recurso de apelación por el demandante, en donde reconoció que la factura núm. 20, por importe de 7687,11 euros, ya había sido pagada, la sentencia de la Audiencia desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. En síntesis, pese a reconocer las dudas de derecho que suscitaba la interpretación y aplicación de la Ley de Morosidad, consideró que la aplicación del artículo 4.1 de dicha norma no era imperativa y que, atendidas las circunstancias del caso, principalmente la libertad de pactos entre las partes, la validez de la forma de pago establecida y las relaciones anteriores y previas al contrato, el plazo de 180 días establecido no resultaba abusivo.

Frente a la sentencia de apelación la parte demandante interpone recurso de casación.

En suma, las dos sentencias de instancia habían aceptado el plazo de pago de 180 días previsto en el contrato por entender que no era abusivo. El Tribunal Supremo, sin embargo, los considera nulos y reitera su doctrina de la STS de 23 de noviembre de 2016.

3. Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de febrero de 2017

El TJUE se pronuncia sobre la disponibilidad del cobro de intereses de demora prevista en el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Murcia, planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

«Teniendo en cuenta lo que disponen los artículos 4.1, 6 y 7.2 y 3 de la [Directiva 2011/7]:

1) ¿Debe interpretarse el artículo 7.2 de la Directiva en el sentido de que un Estado miembro no puede condicionar el cobro de la deuda por principal a la renuncia de los intereses de demora?
2) ¿Debe interpretarse el artículo 7.3 de la Directiva en el sentido de que un Estado miembro no puede condicionar el cobro de la deuda por principal a la renuncia de los costes de cobro?
3) En caso [de respuesta afirmativa a] las dos preguntas, ¿puede el deudor, cuando este es un poder adjudicador invocar la autonomía de la voluntad de las partes para eludir su obligación de pago de intereses de demora y costes de cobro?».

En sustancia, se plantea si resulta conforme con el Derecho comunitario el artículo 6 del Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros: «El abono a favor del proveedor conlleva la extinción de la deuda contraída por la Comunidad Autónoma o Entidad Local, según corresponda, con el proveedor por el principal, los intereses, costas judiciales y cualesquiera otros gastos accesorios». Más en concreto, se suscita la conformidad o no con el Derecho comunitario de la previsión del plan de pagos a proveedores de que el acreedor público renuncia a los intereses de demora y/o a la compensación por costes de cobro cuando se acoge al citado plan.

IV. DOCTRINA DE TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA NATURALEZA Y ALCANCE DEL PLAZO DE PAGO, CONTROL DE ABUSIVIDAD Y DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Conforme a la reciente doctrina jurisprudencial, el plazo de pago previsto en la Ley de Morosidad es imperativo y no cabe pacto en contrario. Destaca el Tribunal Supremo que el artículo 4.3 de la Ley de Morosidad en su redacción actual es una norma imperativa que limita el plazo para el pago. No en vano, el citado precepto reza «Los plazos de pago indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales». Más aún, el Tribunal Supremo entiende que dicha imperatividad se ha visto reforzada tras la antes referida reforma de 2013 de la Ley de Morosidad, puesto que «la antinomia existente entre el artículo 4 y 9 de la citada Ley 5/2010, de 5 de julio, ha dejado de tener consistencia tras la modificación de este último artículo por la LMAE que ha suprimido la perturbadora referencia al «carácter subsidiario» de los plazos fijados por la LLCM, con lo que la razón de imperatividad de la limitación del plazo para el pago resulta fortalecida en el plano de la interpretación sistemática de la normativa aplicable, conforme también a la última reforma llevada a cabo por el legislador».

De la interpretación del artículo 4.3 de la Ley de Morosidad como norma imperativa parte el Tribunal Supremo a la hora de abordar cuatro aspectos fundamentales de gran trascendencia práctica. En primer lugar, que los pactos de plazos de pago superiores a sesenta días son nulos de pleno derecho, pues contravienen una norma imperativa, de modo que su nulidad deriva de la aplicación de la regla general del artículo 6.3 del Código Civil.

La doctrina del Alto Tribunal, en segundo lugar, clarifica que solo cabe una excepción en la que es posible ampliar el plazo de pago a un máximo de noventa

días. Se trata del supuesto previsto en el artículo 4.2 de la Ley de Morosidad: «Si legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato, su duración no podrá exceder de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de los bienes o de la prestación de los servicios. En este caso, el plazo de pago será de treinta días después de la fecha en que tiene lugar la aceptación o verificación de los bienes o servicios, incluso aunque la factura o solicitud de pago se hubiera recibido con anterioridad a la aceptación o verificación».

Un tercer aspecto es el relativo al control de abusividad previsto en el artículo 9 de la Ley de Morosidad[7] que no se aplica a pactos de plazo de pago superiores a sesenta días naturales, que son nulos, y la sentencia del Tribunal Supremo de 2016 limita dicho control de abusividad solo a los plazos de pago superiores a treinta días naturales e inferiores a sesenta días naturales.

En cuarto y último lugar, la doctrina del Alto Tribunal declara la irrelevancia del pacto de tales plazos de pago superiores a sesenta días naturales y que la empresa firmante de tal pacto no lo haya impugnado por abusivo, pues la nulidad de pleno derecho en que incurre dicho pacto impide aplicar la doctrina de los propios actos. En este sentido, el Tribunal Supremo considera que la situación de inferioridad en que se encuentra el subcontratista frente al contratista principal de la obra le impide, desde el principio, defender sus intereses en pie de igualdad respecto de las imposiciones del contratista y le lleva a entender que «la subcontratista no tuvo más remedio que aceptarlo si realmente quería conseguir el contrato. De ahí que, en la lógica de la función tuitiva que informa al control de abusividad, la mera celebración del contrato no constituye un acto propio que impida a la parte débil, objeto de tutela, ejercitar su derecho a que judicialmente se revise la legalidad de las condiciones impuestas de acuerdo con el control de abusividad que específicamente para este sector de contratación prevé el artículo 9 de la LLCM, como reacción contra el posible abuso de derecho en la contratación, que no se realiza en pie de igualdad entre las partes contratantes».

En la sentencia del Tribunal Supremo de 2017, resuelve la cuestión sustantiva planteada y declara que ha de estarse a la doctrina jurisprudencial desarrollada en su sentencia de 2016. Así, en primer lugar, con relación a la naturaleza y alcance de la limitación temporal dispuesta por la Ley de Morosidad para el plazo de pago, dicha sentencia declara lo siguiente: «[…]En primer término, con relación al alcance de la limitación de la determinación del plazo para el pago, debe precisarse que la posibilidad, por el legislador nacional, de configurar dicha limitación con carácter imperativo para las partes contratantes encuentra un claro encaje con lo dispuesto en la Directiva 2011/7/UE[8], pues su artículo 12.3 expresamente prevé que los Estados miembro puedan «mantener o establecer disposiciones que sean más favorables para el acreedor que las necesarias para cumplir la presente Directiva».

«Sentado lo anterior, hay que señalar que la opción por el carácter imperativo de la limitación del plazo (como norma de *ius cogens*) fue la que ya ejercitó nuestro legislador con la modificación introducida por la Ley 5/2010, de 5 de julio. Opción que reflejó no solo el propio tenor del artículo 4.1 de dicha Ley, sino también el Preámbulo de la misma en atención a las finalidades y objetivos que informaban las modificaciones operadas respecto del texto inicial de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre. Carácter imperativo de la limitación del plazo que, a su vez, ha sido respetado por la posterior reforma introducida por la LMAE, de 2013, en donde el artículo 4.3 dispone con claridad que «Los plazos de pago

indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales».

«En esta línea, la interpretación sistemática de la normativa aplicable debe ajustarse a esta razón de imperatividad de la limitación del plazo para el pago. Razón que no solo encuentra fundamento en la ordenación o estructuración de la norma, en donde el artículo 4 regula específicamente la determinación del plazo, sino también y, sobre todo, en que la limitación prevista constituye una de las finalidades u objetivos queridos por el legislador a tenor del propio Preámbulo de la norma. En este sentido, además, la antinomia existente entre el artículo 4 y 9 de la citada Ley 5/2010, que 5 de julio, ha dejado de tener consistencia tras la modificación de este último artículo por la LMAE que ha suprimido la perturbadora referencia al "carácter subsidiario" de los plazos fijados por Ley de Morosidad, con lo que la razón de imperatividad de la limitación del plazo para el pago resulta fortalecida en el plano de la interpretación sistemática de la normativa aplicable, conforme también a la última reforma llevada a cabo por el legislador.

»De lo anteriormente señalado, pueden extraerse los siguientes criterios de interpretación. Así, en primer lugar, el carácter imperativo para las partes de la limitación temporal establecida por la norma para el plazo del pago comporta que todos aquellos pactos que exceden de dicho límite temporal, 60 días naturales, resulten nulos de pleno derecho por contravención de lo dispuesto en la norma imperativa (art. 6.3 del Código Civil). En segundo lugar, esta limitación legal del plazo, como regla general, presenta como única excepción, prevista en el propio artículo 4.2 de la Ley de Morosidad, aquellos supuestos de contratación que bien por mandato legal, o bien por pacto expreso, comporten procedimientos de aceptación o comprobación que verifiquen la conformidad con los bienes o servicios prestados, pues en tales supuestos el límite legal del plazo se puedan extender hasta los 90 días naturales contados desde la fecha de la entrega de los bienes o la realización de la prestación de los servicios. Por último, de acuerdo con lo señalado, el control de abusividad previsto en el artículo 9 de la Ley de Morosidad opera, necesariamente, dentro del plazo marcado por la limitación temporal establecido por la norma, pues más allá del mismo la sanción contemplada no es otra que la nulidad del pacto por ser contrario a la norma imperativa. Conclusión acorde tanto con la función tuitiva de la norma, como con la conveniencia de una interpretación que fije con claridad los criterios de aplicación normativa».

En segundo lugar, con relación a la aplicación de la doctrina de los actos propios por haber impugnado el subcontratista unas cláusulas cuya validez no discutió en los actos previos y ejecución del contrato, la citada sentencia del Tribunal Supremo de 2016 declara: «[…] Conforme a lo anteriormente expuesto, la estimación del primer motivo comporta la estimación del recurso de casación y, por tanto, la innecesariedad de entrar en el examen de este motivo. La razón es que el plazo establecido para el pago, 180 días desde la fecha de recepción de las facturas, es de por sí ilustrativo de que se ha vulnerado el límite temporal legalmente establecido por la norma, en este caso, 60 días naturales, por lo que dicho pacto ya es nulo de pleno derecho y no pueden dar lugar a un posterior enjuiciamiento del control de abusividad. Sin embargo, y una vez sentado esto, interesa entrar en el examen de este motivo para fijar con claridad, en contra del criterio sostenido por la Audiencia, que, cuando proceda entrar en el examen del control de abusividad de estas cláusulas o prácticas de contratación entre empresarios, el mero hecho de que el subcontratista no lo haya impugnado pre-

viamente por el contenido abusivo de algunas de sus cláusulas no constituye, en modo alguno, un acto propio que impida su reclamación en el transcurso de la ejecución del contrato celebrado.

En efecto, ello es así porque el control de la abusividad dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Morosidad, como todo control de abusividad, parte de una función tuitiva en favor de la parte más débil de la práctica de contratación tomada como referencia por la norma. Parte débil que, por lo general, corresponde a la posición de inferioridad que asume el subcontratista respecto del contratista principal de la obra y que le impide, desde el inicio de la contratación, defender sus intereses en pie de igualdad respecto de las imposiciones del contratista de la obra».

En consecuencia, conforme con la doctrina expuesta, la sentencia de 2017 destaca: En primer término, debe tenerse en cuenta que la posibilidad de que las partes puedan acordar plazos superiores a 60 días, contemplada en el considerando núm. 13 de la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, no entra en contradicción con la doctrina de esta Sala. La razón es que esta consideración se realiza dentro del marco de protección de mínimos que informa la citada Directiva, tal y como prevé su propio artículo 12.3 que expresamente contempla que «Los Estados miembro podrán mantener o establecer disposiciones que sean más favorables para el acreedor que las necesarias para cumplir la presente Directiva».

En segundo término, con relación a las conclusiones del Abogado General en el asunto C-544/14, en las que basa la recurrida su objeción, debe precisarse que la STJUE, de fecha 16 de febrero de 2017, que resuelve el caso, no cuestiona el alcance de mínimos de la protección dispensada por la citada Directiva, apartado 25, y que, además, se pronuncia sobre una cuestión distinta a la aquí planteada, es decir, sobre la posibilidad de que la norma nacional permita al acreedor renunciar a exigir los intereses de demora y la compensación por las costas de cobro, como contrapartida al pago inmediato del principal del crédito. Por lo que no resulta aplicable al presente caso.

El Tribunal Supremo falla que, habida cuenta de que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta Sala, en materia de interpretación normativa de la Ley de Morosidad, debe prosperar el recurso de casación.

V. TRASCENDENCIA ACTUAL Y FUTURA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE MOROSIDAD

La sentencia del Tribunal Supremo de 2016 cuya doctrina se refiere no ha sido jurisprudencia en sentido estricto (art. 1.6 del Código Civil) hasta su consolidación en la sentencia del mismo Tribunal de 2017. La primera de las sentencias ya supuso una gran relevancia como autorizado precedente de la práctica jurisprudencial. Como consecuencia de ello, todas las empresas deberían ponderar su posible aplicación práctica respecto de situaciones de morosidad presentes o futuras, así como revisar sus modelos de contratos y las condiciones de los mismos, ante la posibilidad de que plazos de pago pactados superiores a sesenta días naturales sean nulos de pleno derecho y, por tanto, completamente ineficaces, con las consecuencias propias para cada parte del contrato.

En todo caso, es de advertir que el Tribunal Supremo optó por condenar al abono de intereses a partir del sexagésimo primer día y no desde el trigésimo primero. El ajuste a estas nuevas condiciones de pago, en materia de plazo, puede aconsejar negociar contrapartidas que al pagador le compensen

el mayor coste financiero que, en su caso, deba acometer para anticipar sus plazos de pago respecto de los que viniese pactando con sus acreedores. Para las empresas pagadoras, la existencia de pactos nulos de plazos de pago en sus contratos también puede servirles para renegociar las condiciones de los mismos, so pena de acudir a la exigencia del respeto estricto al plazo máximo legal previsto en la Ley de Morosidad. Sentada la jurisprudencia a partir de 2017, se han de revisar a su luz los de modelos de contratos e, incluso, su posible renegociación.

No obstante, la comentada jurisprudencia en materia de la naturaleza y alcance del plazo de pago de la Ley de Morosidad ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina académica. En este sentido, el profesor ALFARO (2010) ha argumentado que el precepto aplicado por el Tribunal Supremo (art. 4 de la Ley de Morosidad) y que este considera imperativo es, precisamente por esa razón, inconstitucional. Se arguye que la interpretación jurisprudencial limita desproporcionadamente la libertad contractual y de pactos entre empresas, es decir, sin que se presente en caso alguno la necesidad de proteger a los consumidores o a cualquier contratante «débil». Por el contrario, se cuestiona la falta de libertad de las empresas para pactar que los pagos se realicen a 180 días. En este sentido, se señala que si la Directiva 2011/7/UE, como reconoce el magistrado ponente de la Sentencia, no obliga a imponer plazos de pago a los Estados miembros, no hay razón alguna que justifique el carácter imperativo de la norma. Ello se entiende así porque, sobre todo, el artículo 9 de la Ley de Morosidad ya establece un mecanismo genérico de protección del contratante al que se le imponen plazos de pago excesivos. En consecuencia, se sugiere que si, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, se considera que el plazo de pago establecido en el contrato es abusivo, el juez podrá declararlo así sobre la base del artículo 9 de la Ley de Morosidad.

Conforme a los anteriores argumentos, la consideración del plazo del artículo 4.3 de la Ley de Morosidad como imperativo es inconstitucional porque supone una limitación desproporcionada de la libertad contractual (ALFARO 2010). La doctrina que así lo entiende señala que la restricción de la libertad de pacto en una materia tan relevante como el plazo de cumplimiento de las obligaciones no es necesaria en el sentido de que el legislador tenía a su disposición —e hizo uso de ella— una medida menos restrictiva como es la atribución a los jueces de la capacidad para declarar nulos por abusivos los pactos de aplazamiento de pagos excesivamente largos y carentes de justificación. En este sentido, se critica la técnica legislativa de incluir plazos imperativos *(rule)* y delegación al juez para que declare abusivos algunos de ellos *(standard),* al tiempo que se considera contradictorio en sí mismo, sobre todo, teniendo en cuenta que el plazo supletorio de pago es de 30 días (en contra de lo previsto en el Código de comercio, el deudor debe pagar cuando recibe la prestación del acreedor si no han pactado nada) y el plazo máximo autorizado, de 60 días. En suma, se critica la falta de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad si no una cuestión prejudicial, dado que en la Directiva se eliminó el carácter imperativo del plazo de pago. Y todo ello, porque para quien defiende esta posición y, en contra de lo declarado por el Supremo, no se plantea un problema de relación entre una Directiva de mínimos y un aumento de la protección en el Derecho nacional, sino una norma nacional de «diferente naturaleza» de la norma prevista en la Directiva 2011/7/UE. En efecto, se abunda, la Directiva utiliza un *standard* (plazos de pago abusivamente largos) y la Ley de Morosidad una *rule* (prohibición de plazos superiores a 60 días).

Agregado a la oportunidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad o una cuestión prejudicial, frente a los dos problemas principales de la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (excesivos aplazamientos en los pagos y niveles de morosidad elevados), se sugieren distintas y específicas medidas que han de ser puestas en práctica por todos los interesados en la eficiente y justa aplicación de la normativa de lucha contra la morosidad. El legislador, los empresarios y los bancos han de poner en práctica medidas adicionales a las existentes.

Partiendo de la jurisprudencia sentada en materia de morosidad, la lucha frente a ella por parte de las empresas pasa por revisar los modelos de contratos que utilizan. El legislador tributario puede reforzar la prevención de la morosidad a través de la imposición de cargas tributarias a las empresas que incurren en morosidad en el pago a sus proveedores, y no solo en el sector privado[9] sino también en el público. Otras medidas adicionales que se proponen son la desjudicialización del cobro de las facturas, el recurso a los códigos de buenas prácticas y al arbitraje, si bien plantean el problema del efectivo embargo de bienes al deudor moroso.

Otra medida para mejorar la lucha contra la morosidad puede consistir en una nueva y mejorada regulación de la materia como hubo ocasión con motivo del Anteproyecto de Código de Comercio. Sin duda, una futura regulación de la morosidad supondría la mejora efectiva a condición de incorporar algunas reformas como las propuestas por la doctrina referidas a las normas contenidas en el Anteproyecto de Código de Comercio[10]. Una de las reformas habría de consistir en incluir en el articulado del Código la totalidad de la regulación, sin remisiones a la legislación especial en asuntos de tanta trascendencia como los plazos máximos de pago admitidos, el margen aplicable al tipo de referencia para calcular el tipo de interés de demora, la cuantía fija a cobrar por el acreedor como compensación por los costes de cobro o el ámbito de aplicación de esta normativa especial de lucha contra la morosidad. Al mismo tiempo, es muy recomendable que el legislador se esfuerce en ofrecer una regulación más clara de algunas materias extraordinariamente confusas, como son la exclusión de los pagos instrumentados en títulos valores o la determinación de si en el régimen general caben o no aplazamientos de pago superiores a sesenta días.

VI. CONCLUSIÓN

La doctrina del Tribunal Supremo sobre la naturaleza imperativa y alcance del plazo de pago previsto en la Ley de Morosidad pone fin a la confusión en la práctica comercial y a la discusión de la doctrina académica en torno a la misma. En suma, el plazo de pago se considera imperativo (un máximo de 60 días naturales desde la primera Ley de Morosidad). El carácter imperativo del anterior límite determina la nulidad de cualquier pacto que lo contravenga, de acuerdo con el artículo 6.3 del Código Civil, con independencia de su carácter abusivo. Y la falta de impugnación previa de la cláusula relativa al plazo de pago no constituye un acto propio que impida su reclamación en el transcurso de la ejecución del contrato celebrado, porque el control de abusividad parte de una función tuitiva en favor de la parte más débil que le impide, desde el inicio de la contratación, defender sus intereses en pie de igualdad respecto de las imposiciones del contratista.

Con ello se logra la ansiada seguridad jurídica, lo que es en sí mismo necesario y positivo, sin que por el momento se haya entrado a valorar la constitucionalidad de la opción restrictiva adoptada por el legislador e interpretada por el Tribunal Supremo. Todo ello ha de tener un importante y previsible efecto en la práctica comercial y en la economía.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS (Sala Primera) de 23 de noviembre de 2016, núm. 688/2016.
- STS (Sala Primera) de 19 de mayo de 2017, núm. 318/2017.
- STJ de la Unión Europea (Sala Quinta) de 16 de febrero de 2017.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., La ley de la Morosidad: «no siempre lo eficiente es justo ni admisible», *Almacén de Derecho,* 12 de septiembre de 2010, http://derechomercantilespana.blogspot.mx/search?q=morosidad (recuperado 10 de julio de 2017).

— Intereses por morosidad comercial: el plazo de 60 días es imperativo y no cabe pacto en contrario, 7 de diciembre de 2016, *Almacén de Derecho,* http://derechomercantilespana.blogspot.mx/2016/12/intereses-por-morosidad-comercial-el.html (recuperado 10 de julio de 2017).

CARRIÓN REAL, ¿Se pueden pactar en las operaciones comerciales plazos de pago superiores a 60 días?, en *Diario La Ley,* núm. 7932, 2012, 1 y sigs.

CASTILLO PLAZA, Los plazos de pago de la Ley 15/2010: incidencia de la Directiva 2011/7/UE y efectos en el comercio minorista, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución,* núm. 10, 2012, 109 y sigs.

DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., El *dies a quo* en el cómputo del plazo de pago en la Ley de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales, AA.VV., *Conexiones e implicaciones de la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*, (Dir. Candelario Macías, I., Coord. De la Vega Justribó, B.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 89 y sigs.

GÓMEZ LIGÜERRE, El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales, en *InDret*., 4/2011, Barcelona, 25 de octubre de 2011, 1 y sigs., disponible en: http://www.indret.com/pdf/864_es.pdf (recuperado 10 de julio de 2017).

GARCÍA MANDALONIZ, M., La "honda" de la legislación antimorosidad para evitar la declaración de concurso, en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal,* núm. 17, 2012, 67 y sigs.

LLAMAS POMBO, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ y TORAL LARA, Aspectos civiles de la Ley de lucha contra la morosidad, en AA.VV. (dir. Blanco-Morales Limones), *Medidas de lucha contra la morosidad,* Ed. La Ley, Madrid, 2011, 124 y sigs.

MIRANDA SERRANO, L. M., Las disposiciones del Código de Comercio sobre el contrato y la obligación mercantil en general, en MIRANDA SERRANO, VELA TORRES y PRÍES PICARDO, *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores, t. 30*, AAVV, *Tratado de Derecho Mercantil,* (dirs. Olivencia, Fernández-Novoa y Jiménez de Parga), Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006.

— La Ley 15/2010, de modificación de la normativa de lucha contra la morosidad, y su incidencia sobre el régimen de pago a proveedores de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución,* núm. 8, 2011, 15 y sigs.
— La regulación de la morosidad en el Anteproyecto de Código Mercantil, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, 1511-1536, en http://hdl.handle.net/10016/20936 (recuperado 10 de julio de 2017).

MIRANDA SERRANO y GARCÍA MANDALONIZ, Morosidad y Ley 11/2013 de Medidas de Apoyo al Emprendedor, en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal,* núm. 20, 2014, 93 y sigs.

PERALES VISCASILLAS, M. P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas,* Ed. Thomson/Civitas, Navarra, 2006.

RUIZ MUÑOZ, M., Cláusulas abusivas y morosidad en las operaciones comerciales, en AA.VV., *Estudios e interpretación práctica de la legislación sobre morosidad* (dir. Candelario Macías, Coord. De la Vega Justribó). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 273 y sigs.

NOTAS

[1] Como exponentes de la discrepante doctrina académica, de un lado, MIRANDA SERRANO/PAGADOR LÓPEZ, La reforma del régimen legal contra la morosidad: ¿un avance en la represión de las malas prácticas de pago?, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución,* núm. 7, 2010, 215 y sigs.; en la misma línea y en torno al carácter imperativo del plazo de pago, DE LA VEGA JUSTRIBÓ, Bárbara, El *dies a quo* en la ley de morosidad, en AA.VV. (dir. Candelario Macías), *Estudios e interpretación práctica de la legislación sobre morosidad,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 89 y sigs. Asimismo, de otro lado y desde otros planteamientos sobre todo en cuanto a los plazos de pago: ALFARO ÁGUILA-REAL, La nueva regulación del crédito comercial: una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad, en *InDret,* núm. 296, Barcelona, 18 julio 2005, 1 y sigs., disponible en: http://www.indret.com /pdf/296_es.pdf. Recientemente, MIRANDA SERRANO, Luis María, La regulación de la morosidad en el anteproyecto de código mercantil, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz,* Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, 1511-1536, en http://hdl.handle.net/10016/20936 (recuperado 10 de julio de 2017), analiza y valora críticamente los regímenes jurídicos en materia de morosidad en el cumplimiento del contrato mercantil previstos en el Libro Cuarto del Anteproyecto de Código Mercantil con vistas a detectar sus principales fortalezas y debilidades. De gran interés es el análisis realizado por el autor que le lleva a formular con ánimo constructivo varias propuestas de reforma de las normas sobre morosidad contenidas en el Anteproyecto. La Exposición de Motivos del Anteproyecto ofrece alguna información sobre la orientación de política jurídica seguida por el codificador a la hora de regular este asunto, cuando afirma que en cuanto a la morosidad «se ha integrado dentro del Código Mercantil la normativa europea sobre la materia, ya incorporada a nuestro ordenamiento, bien es cierto que sin pretender sustituir a la ley que regula esta materia, ley a la que se remiten las disposiciones del Código»; añadiendo a lo anterior que «esa integración se ha efectuado sistemáticamente con los supuestos no cubiertos por la legislación europea, supuestos en los que también hay que regular las consecuencias de la morosidad». Esta regulación diferencia dos regímenes jurídicos distintos: el aplicable a las relaciones jurídicas que no entran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de lucha contra la morosidad y los largos aplazamientos de pago del precio (arts. 418-1 a 418-3) y el aplicable a las relaciones jurídicas que sí entran dentro de dicho ámbito de aplicación (arts. 418-4 a 418-6). El texto del Anteproyecto de Ley está disponible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/vALegislativaP/1288774452773/Detalle.html

[2] Sobre la necesidad de remediar los problemas como fundamentación político-jurídica de la normativa de lucha contra la morosidad, *vid.,* PERALES VISCASILLAS, Mª. Pilar, *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas,* Ed. Thomson/Civitas, Navarra, 2006, 31 y 32, 297 y sigs., y 313 y sigs.

[3] Analizan la reforma acometida por la Ley 15/2010: MIRANDA SERRANO, La Ley 15/2010, de modificación de la normativa de lucha contra la morosidad, y su incidencia sobre el régimen de pago a proveedores de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución,* núm. 8, 2011, 15 y sigs.; GÓMEZ LIGÜERRE, El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales, en *InDret*., 4/2011, Barcelona, 25 de octubre de 2011, 1 y sigs., disponible en: http://www.indret.com/pdf/864_es.pdf; GARCÍA MANDALONIZ, Marta, La "honda" de la legislación antimorosidad para evitar la declaración de concurso, en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal,* núm. 17, 2012, 67 y sigs.; CASTILLO PLAZA, «Los plazos de pago de la Ley 15/2010: incidencia de la Directiva 2011/7/UE y efectos en el comercio minorista», en Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, núm. 10, 2012, 109 y sigs.; CARRIÓN REAL, «¿Se pueden pactar en las operaciones comerciales plazos de pago superiores a 60 días?», en *Diario La Ley,* núm. 7932, 2012, 1 y sigs.; DE LA VEGA JUSTRIBÓ, Bárbara «El *dies a quo* en la Ley de Morosidad», *cit.,* 89 y sigs.; LLAMAS POMBO/MARTÍNEZ RODRÍGUEZ/TORAL LARA, «Aspectos civiles de la Ley de lucha contra la morosidad», en AA.VV. (dir. Blanco-Morales Limones), Medidas de lucha contra la morosidad, Ed. La Ley, Madrid, 2011, 124 y sigs.

[4] Sobre la modificación de la Ley de Morosidad en 2013, vid., MIRANDA SERRANO/GARCÍA MANDALONIZ, «Morosidad y Ley 11/2013 de Medidas de Apoyo al Emprendedor», en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal,* núm. 20, 2014, 93 y sigs.

[5] Así lo entienden y siguiendo a MIRANDA SERRANO, Aplazamientos de pago…, *cit.,* 60 y sigs.; PERALES VISCASILLAS, *La morosidad…, cit.,* 103 y sigs. En la misma línea, DE LA VEGA JUSTRIBÓ, El *dies a quo* en la Ley de Morosidad. Referido al Anteproyecto de Código Mercantil, MIRANDA SERRANO valora positivamente la solución que adopta de diferenciar dos regímenes jurídicos distintos en materia de morosidad, uno para las relaciones jurídicas no incluidas en el ámbito de aplicación de las normas antimorosidad (Sección Primera) y otro para las que sí caen dentro de dicho ámbito de aplicación, MIRANDA SERRANO, Luis María, «La regulación de la morosidad en el Anteproyecto de Código Mercantil», *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, 1511-1536, en http://hdl.handle.net/10016/20936 (recuperado 10 de julio de 2017), 1535.

[6] Recientemente, MIRANDA SERRANO, Luis María, La regulación de la morosidad en el Anteproyecto de Código Mercantil, *cit.,* analiza y valora críticamente los regímenes jurídicos en materia de morosidad en el cumplimiento del contrato mercantil previstos en el Libro Cuarto del Anteproyecto de Código Mercantil con vistas a detectar sus principales fortalezas y debilidades. De gran interés es el análisis realizado por el autor que le lleva a formular con ánimo constructivo varias propuestas de reforma de las normas sobre morosidad contenidas en el Anteproyecto. La Exposición de Motivos del Anteproyecto ofrece alguna información sobre la orientación de política jurídica seguida por el codificador a la hora de regular este asunto, cuando afirma que en cuanto a la morosidad «se ha integrado dentro del Código Mercantil la normativa europea sobre la materia, ya incorporada a nuestro ordenamiento, bien es cierto que sin pretender sustituir a la ley que regula esta materia, ley a la que se remiten las disposiciones del Código»; añadiendo a lo anterior que «esa integración se ha efectuado sistemáticamente con los supuestos no cubiertos por la legislación europea, supuestos en los que también hay que regular las consecuencias de la morosidad». Esta regulación diferencia dos regímenes jurídicos distintos: el aplicable a las relaciones jurídicas que no entran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de lucha contra la morosidad y los largos aplazamientos de pago del precio (arts. 418-1 a 418-3) y el aplicable a las relaciones jurídicas que sí entran dentro de dicho ámbito de aplicación (arts. 418-4 a 418-6). El texto del Anteproyecto de Ley está disponible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/vALegislativaP/1288774452773/Detalle.html

[7] *Vid., in totum,* RUIZ MUÑOZ, Miguel, Cláusulas abusivas y morosidad en las operaciones comerciales, en AA.VV., *Estudios e interpretación práctica de la legislación sobre morosidad* (dir. Candelario Macías), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

[8] Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DO L 48 de 23 de febrero de 2011, 1-10).

[9] En este sentido, se ha declarado que «es compromiso del Gobierno trasladar esta experiencia al sector privado, porque no es aceptable que, con la Ley de Morosidad vigente, se esté produciendo un abuso por parte las empresas de mayor tamaño a la hora de forzar condiciones de financiación a pequeñas empresas; hoy no tiene ningún sentido tal como está la financiación general del país, con los bancos abiertos y con el acceso a mercados de capitales y demás, y el Gobierno sí puede actuar utilizando, por ejemplo, penalizaciones en materia tributaria» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Hacienda y Función Pública, 12 de enero de 2017).

[10] MIRANDA SERRANO, Luis María, La regulación de la morosidad en el Anteproyecto de Código Mercantil, *cit.*, 1535 y 1536. La ineficacia en la regulación de los plazos máximos de pago se ha puesto de manifiesto también en el Anteproyecto de Código de Comercio. La opción del mismo de fijar solo reglas generales en cuanto a plazos de pago y morosidad, remitiéndose a la legislación especial para la concreción de los aspectos no expresamente regulados, no merece una valoración positiva para MIRANDA SERRANO. Sobre todo, por tratarse de una solución inadecuada para poner fin a los problemas de la dispersión normativa —tan negativos para la seguridad jurídica— de los que habla el codificador en la Exposición de Motivos del Anteproyecto como razón justificadora de la promulgación de un nuevo Código. Para el autor, una solución más atinada habría sido que el propio articulado del Código regulara expresa y directamente cuestiones tan importantes como los límites máximos de los plazos de pago. Desde la entrada en vigor de la Ley 15/2010, de modificación de la LLCM, un sector doctrinal ha puesto de manifiesto la falta de claridad legal en torno a si son o no admisibles plazos de pago superiores a 60 días, sobre todo a la vista del tenor escasamente clarificador del artículo 9 de la Ley de morosidad. Y aunque es cierto que la Ley de Medidas de Apoyo al Emprendedor ha modificado la redacción de este precepto, no menos cierto es que al mismo tiempo ha introducido en el artículo 6 de la Ley de morosidad una norma sobre calendarios de pago a plazos que ha originado dudas razonables en torno a la duración posible de los plazos de pago pactados por las partes. Y, precisamente en ello estriba la importancia de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que comentamos al declarar el carácter imperativo del plazo de pago, MIRANDA SERRANO, 1532 y 1533.

1.7. Concursal

Las decisiones de los tribunales en torno a la clasificación de los créditos derivados de los préstamos participativos en el concurso de acreedores del prestatario*

The decisions of the courts regarding the classification of claims arising from participative loans in the insolvency proceedings of the borrower

por

MARÍA LUISA SÁNCHEZ PAREDES
Profesora Doctora de Derecho mercantil
Universidad San Pablo-CEU

RESUMEN: No existe doctrina jurisprudencial sobre la clasificación concursal de los créditos derivados de préstamos participativos. Los autores admiten su condición subordinada dentro del procedimiento concursal y los incluyen mayoritariamente en la categoría de los créditos subordinados por pacto contractual. Sin embargo, los tribunales mantienen posturas enfrentadas. Mientras que para algunos la subordinación legal de estos créditos derivada de su legislación específica es ineficaz en el concurso de acreedores; para otros, constituyen el paradigma del crédito subordinado contractualmente.

ABSTRACT: There is no jurisprudential doctrine regarding the bankruptcy classification of the claims that arise from participative loans. The authors admit its subordinate status within the insolvency proceedings and mainly include them in the category of claims subordinated by contractual agreement. However, the courts maintain opposing positions. While for some the legal subordination of these claims (which derives from their specific regulation) is ineffective in the bankruptcy proceedings; for others, they represent the paradigm of the contractually subordinated claims.

PALABRAS CLAVE: Préstamos participativos. Créditos subordinados. Subordinación por pacto contractual. Doctrina jurisprudencial.

---

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2015-71210-R, sobre «Financiación, refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Viabilidad financiera de la empresa», concedido por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica del Ministerio de Economía y Competitividad.

KEY WORDS: Participative loans. Subordinated claims. Subordination by contractual agreement. Jurisprudential doctrine.

SUMARIO: I. LOS PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS: DEUDA SUBORDINADA ESPECIAL.—II. LA SUBORDINACIÓN LEGAL DEL CRÉDITO DERIVADO DE LOS PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS.—III. LA SUBORDINACIÓN CONCURSAL DEL CRÉDITO DERIVADO DE LOS PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS: 1. LAS OPINIONES DOCTRINALES EN TORNO A LA SUBORDINACIÓN CONCURSAL DEL CRÉDITO. 2. LAS DECISIONES JUDICIALES SOBRE LA SUBORDINACIÓN CONCURSAL DEL CRÉDITO. 3. CONSIDERACIONES FINALES.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LOS PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS: DEUDA SUBORDINADA ESPECIAL

Los préstamos participativos constituyen un tipo de deuda que reúne los elementos esenciales de todo préstamo y los requisitos especiales previstos en el Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, de medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (art. 20). En esta normativa específica se establecen cuatro características de los préstamos participativos en cuanto instrumentos de financiación empresarial: *en primer lugar*, que la retribución del préstamo para el prestamista debe determinarse en función de la evolución de la actividad de la entidad prestataria, sin perjuicio de que pueda acordarse un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad[1]; *en segundo lugar*, que el prestatario solo podrá amortizar anticipadamente el préstamo si la amortización se compensa con una ampliación de capital de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que este no provenga de la actualización de activos[2]; *en tercer lugar*, en orden a la prelación de créditos, los préstamos participativos «se situarán después de los acreedores comunes»[3], pero antes de los créditos que correspondan a los socios[4]; y en *cuarto lugar*, tienen la consideración de patrimonio contable a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades, sin que ello suponga asimilar la situación del acreedor a la de los socios de la entidad prestataria[5]. De estas características se deduce que los préstamos participativos constituyen una fuente de financiación interesante, sobre todo en situaciones de expansión de la actividad o situaciones anómalas o de desequilibrio patrimonial[6], pues suelen ser préstamos con condiciones más flexibles y a largo plazo, que implican al prestamista en la marcha de la empresa. En caso de desequilibrio patrimonial, contribuyen a evitar o retrasar la liquidación de la empresa[7], ofreciendo una garantía adicional al resto de acreedores, ya que son deuda subordinada, de modo que suponen un aumento de la solvencia del prestatario en relación con los acreedores no subordinados[8].

Ahora bien, las características propias del préstamo participativo no alteran su naturaleza jurídica de préstamo. La función económico-financiera que cumplen no modifica la naturaleza crediticia del préstamo participativo, que debe pagarse a su vencimiento como cualquier otra deuda del prestatario[9]. Y la condición de los acreedores por préstamos participativos no cambia: ni intervienen en la toma de decisiones de la empresa prestataria, ni en el control del capital social, ni en la composición de la propiedad de la empresa[10].

II. LA SUBORDINACIÓN LEGAL DEL CRÉDITO DERIVADO DE LOS PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS

No hay ninguna norma en la Ley Concursal referida a los créditos derivados de préstamos participativos en los que la entidad prestataria es concursada. Pero, el hecho de que en la relación de créditos subordinados (art. 92 LC) no se mencione a los créditos derivados de los préstamos participativos no significa que merezcan una clasificación diferente. Los créditos derivados de este tipo de préstamos han sido considerados tradicionalmente como ejemplo de créditos subordinados en el sistema legal español[11]. Por expresa disposición legal, estos créditos han de situarse después de los acreedores comunes, de modo que el supuesto de hecho de la norma exige una situación de insuficiencia patrimonial y de concurrencia de acreedores. Solo cuando el patrimonio del deudor, soporte de su responsabilidad (*ex* art. 1911 del Código Civil), es insuficiente para dar satisfacción a todos los acreedores, surge la necesidad de establecer un «orden de prelación» para el cobro, y podrá diferenciarse a los acreedores comunes de otros que no lo son. En este sentido, contamos con un sistema de clasificación, graduación y pago de créditos para las ejecuciones singulares, previsto en el Código Civil (art. 1921.I del Código Civil), y un sistema de clasificación y graduación de créditos en caso de concurso de acreedores, previsto en la Ley Concursal (art. 1921.II del Código Civil en relación con los artículos 89 y sigs. de la Ley Concursal)[12]. El Código Civil alude a los «créditos comunes» como aquellos que no gozan de preferencia (v. art. 1929 en relación con el artículo 1925 del Código Civil). Y la «ausencia de un derecho de preferencia» es, asimismo, una característica que identifica a los créditos ordinarios dentro del concurso de acreedores[13]. Los créditos ordinarios son definidos en la Ley Concursal en sentido negativo, ya que se entienden clasificados como créditos ordinarios los que «no se encuentren calificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados». Así, la Ley Concursal establece una presunción a favor de la condición ordinaria del crédito (art. 89.3 LC), por la que el crédito será ordinario salvo que se demuestre su condición de privilegiado (arts. 90 y 91 LC) o de subordinado (art. 92 LC)[14]. Frente a la tipicidad y legalidad de las causas de preferencia y de las causas de subordinación, los créditos ordinarios son créditos comunes porque no confieren a su titular un derecho al cobro preferente frente a otros acreedores del deudor, pero tampoco se les impone la obligación de respetar que los demás acreedores perciban el pago de sus créditos con preferencia. Por tanto, si una de las notas características de los préstamos participativos es que «en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes», y la regulación específica impone a estos acreedores la obligación de respetar el pago preferente de los acreedores comunes, en el ámbito concursal, se situarían por detrás de los acreedores privilegiados y de los ordinarios[15]. De ahí que se trate de una técnica jurídica que opera en interés de los demás acreedores del deudor, ya que incrementa las posibilidades de cobro de los acreedores ordinarios.

Sin embargo, la cualidad subordinada del crédito no significa que el prestamista no pueda reclamar el pago hasta que no sean satisfechos los demás acreedores del deudor, de tal manera que, si la sociedad estuviera en liquidación, al tener el préstamo la consideración de fondos propios a efectos contables, el prestamista no tendría derecho al cobro. Una cosa es que el crédito a efectos contables tenga una apreciación cercana al capital social, y otra muy distinta que esos elementos característicos de la operación modifiquen la naturaleza jurídica del préstamo en cuanto a su vencimiento y exigibilidad. Así, la *sentencia del*

Tribunal Supremo de 13 de julio de 2011 considera que esto «ocurrirá tan solo en el caso de insolvencia», de modo que será preciso acreditar «la necesidad de prelación o insolvencia» para que entre en juego la subordinación[16].

Al margen del hecho de que no existe un concepto unívoco de insolvencia, y de que la insolvencia presenta una funcionalidad diferente en el ámbito laboral, civil o mercantil[17], es el Derecho concursal el que ha llevado a cabo una «conceptualización de la insolvencia». En la Ley Concursal, la insolvencia, en cuanto presupuesto objetivo del concurso de acreedores, se identifica con un estado en el que el deudor «no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», cualquiera que sea la causa de esa imposibilidad de cumplir. Así, desde la «concepción funcional» de la Ley Concursal, la insolvencia engloba situaciones de desbalance o déficit patrimonial y situaciones de superávit patrimonial, en las que el deudor no puede pagar por falta de liquidez[18]. En estas circunstancias, esa imposibilidad de cumplir es susceptible de abrir un procedimiento en el que se persigue una «función solutoria», dirigida a satisfacer a los acreedores del deudor insolvente del modo más eficiente posible. La satisfacción de los acreedores en el procedimiento concursal tiene «carácter colectivo». El patrimonio del deudor queda afecto a la satisfacción de la masa pasiva o masa de acreedores, que con este fin verán reconocidos y clasificados cada uno de sus créditos[19]. De ahí, el orden de prelación legal, que diferencia los créditos preferentes, los créditos ordinarios y los créditos postergados o subordinados. Por tanto, en el procedimiento concursal concurrirían la insolvencia y la prelación, condiciones materiales o sustantivas necesarias para que funcione la subordinación atribuida al crédito por la normativa especial que lo regula.

No obstante, si bien la doctrina suele admitir de forma generalizada el carácter subordinado del crédito derivado de los préstamos participativos en el concurso de acreedores, las decisiones judiciales muestran una absoluta divergencia de criterios. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid, de 23 de marzo de 2011, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, (sección 28.ª), de 24 de marzo de 2017, rechazan esa calificación. En cambio, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, (sección 3.ª), de 19 de junio de 2012, y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián, de 15 de enero de 2016, consideran a los créditos derivados de préstamos participativos paradigma del crédito subordinado contractualmente.

III. LA SUBORDINACIÓN CONCURSAL DEL CRÉDITO DERIVADO DE LOS PRÉSTAMOS PARTICIPATIVOS

1. Las opiniones doctrinales en torno a la subordinación concursal del crédito

En la Ley Concursal, la categoría jurídica de los créditos subordinados constituye una categoría jerarquizada. La norma no contempla una simple enumeración de créditos, sino que contiene una verdadera graduación. De ahí la importancia de determinar qué lugar ocupan los préstamos participativos dentro del elenco de los créditos subordinados. En referencia a los créditos subordinados, la Exposición de Motivos de la Ley Concursal alude a la existencia de «excepciones negativas» respecto de los créditos ordinarios (ep. V), que justificarían la postergación del crédito por distintas razones: su tardía comunicación, la concurrencia de un pacto contractual, su carácter accesorio (intereses), su naturaleza sancionadora (multas) o la condición personal de sus titulares (personas especialmente relacionadas

por el concursado o partes de mala fe en actos perjudiciales para el concurso)[20]. Dentro de esta graduación, los créditos derivados de préstamos participativos podrían incluirse, o bien dentro de «los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor» (art. 92. 2.º LC), o bien dentro de «los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor» (art. 92. 5.º LC).

En el primer supuesto, la subordinación responde al acuerdo o pacto entre las partes. Aunque pueden atribuirse dos interpretaciones posibles al precepto (art. 92. 2.º LC), una estricta y otra amplia. *Desde una perspectiva estricta y literal* de la norma, parece que solo entrarían en esta clase de créditos subordinados aquellos que incluyan en la relación jurídica de la que derive el crédito un pacto expreso por el que las partes acuerdan que el crédito del prestamista tendrá la condición de subordinado, de tal modo que las cantidades adeudadas al prestamista serán postergadas en rango respecto de los acreedores comunes del prestatario. Así, ante el pacto expreso de subordinación, lo que ocurrirá será que al aplicar el orden concursal de prelación de créditos, el prestamista cobrará después de los acreedores comunes u ordinarios[21]. *Desde una perspectiva más amplia y sistemática de la norma*, para que concurra este supuesto de subordinación será suficiente que los contratantes se sometan a una relación jurídica que lleve aparejada la técnica de la subordinación del crédito, aunque no concurra un pacto expreso de subordinación. Así, para una parte de la doctrina esta sería la situación de los créditos derivados de préstamos participativos en el concurso de acreedores, «que en todo caso llevan consigo la subordinación». Por tanto, los créditos subordinados contractualmente podrían proceder tanto del pacto expreso y *ad hoc* que establece la subordinación, cuanto del acuerdo de utilizar un tipo de préstamo que es subordinado por sí mismo[22].

En el segundo caso, en relación con la posibilidad de incluir los créditos derivados de los préstamos participativos dentro de la categoría de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 92. 5.º en relación con el artículo 93 LC), algún autor destaca su proximidad a los recursos propios del deudor y su equivalencia funcional a la aportación, de modo que, no estaríamos ante créditos voluntariamente subordinados sino ante créditos con una racionalidad semejante a la que justifica la subordinación de los créditos concedidos por los socios a las sociedades de capital infracapitalizadas[23].

Ahora bien, aún puede apuntarse una *tercera posición doctrinal* que atiende especialmente al origen y naturaleza de los créditos derivados de préstamos participativos. Con arreglo a esta concepción, no debería aceptarse la primera opinión, favorable a incluir estos créditos entre los subordinados por pacto contractual, porque la subordinación no es un aspecto del contrato de préstamo que se origine en la autonomía de la voluntad de las partes, sino que se establece por imperativo legal. Pero, tampoco podría admitirse la segunda concepción, que defiende su inclusión entre los subordinados por corresponder a persona especialmente relacionada, porque, aunque estos acreedores tengan una situación similar a la de los socios, no llegan a tener la misma vinculación con el deudor que las personas especialmente relacionadas. En consecuencia, teniendo en cuenta que *la participación y la subordinación* son dos elementos indisolubles de la configuración legal de los préstamos participativos, y que la posición de estos acreedores, que han pactado expresamente su subordinación con el deudor, es parecida a la de una persona especialmente relacionada, en cuanto participan de los frutos de la empresa, lo adecuado sería situar su rango por delante de la categoría de acreedores subordinados por ser personas especialmente relacionadas con el deudor, pero por detrás de todos los demás acreedores subordinados[24].

2. Las decisiones judiciales sobre la subordinación concursal del crédito

En tanto los autores mantienen la eficacia dentro del concurso del carácter subordinado de los créditos derivados de préstamos participativos, aunque no coincidan en el grado de subordinación, los tribunales manifiestan radicales divergencias de criterio. Así, junto al *argumento literal*, que en el debate doctrinal impedía incluir estos créditos dentro de los subordinados por pacto contractual, los tribunales acuden también a un *argumento temporal*, encaminado a rechazar la vigencia de la norma que prevé la subordinación legal del crédito derivado del préstamo participativo frente al concurso. Se trataría de una norma anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal, incompatible con el régimen de subordinación previsto en el concurso de acreedores, y que se enfrenta al principio de unidad legal. De acuerdo con este principio, no serían admisibles más excepciones positivas —créditos privilegiados— o negativas —créditos subordinados— respecto de los créditos ordinarios que las previstas en la propia Ley Concursal, cuyos preceptos no podrían ser objeto de interpretación amplia. A ello se añade un *argumento sistemático* en el sentido de que la regla de prelación que contiene el artículo 20.1-c) del Real Decreto-ley 7/1996 es de aplicación restringida a los casos de ejecuciones singulares, pues se trataría de una norma complementaria de la regulación contenida en el Código Civil sobre la materia (arts. 1921 y sigs.), y no resultaría de aplicación en supuestos concursales.

Inicialmente, la *sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid, de 23 de marzo de 2011*, [magistrado: Francisco de Borja Villena Cortés], tras poner de manifiesto que «no existe una doctrina jurisprudencial bien sentada sobre la consideración concursal que deba otorgarse al crédito derivado del préstamo participativo en la vigente Ley Concursal, por lo que la valoración ha de realizarse con toda prudencia y cautela», considera que la cuestión pasa por determinar la vigencia del artículo 20.1-c) del Real Decreto-ley 7/1996, que establece: «los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes». Y a estos efectos señala que: «(i) se trata de una norma anterior al sistema concursal instaurado por la vigente Ley Concursal, de 9 de julio de 2003. (ii) Dicho sistema concursal, sobrevenido respecto del Real Decreto-ley 7/1996, tiene la vocación de unidad legal, sometido a la exclusiva regulación de una única norma, la recogida en el Ley de 9 de julio de 2003, como expresamente se proclama en el apartado I de su Preámbulo, como uno de sus tres principios rectores. Por tanto, la intención es comprender toda cuestión legal concursal bajo el imperio de la actual Ley Concursal. (iii) La disposición derogatoria única de la Ley Concursal no deroga expresamente el artículo 20.1.c) del Real Decreto-ley 7/1996, pero dicha disposición derogatoria dispone en su apartado 4.º que "asimismo, quedan derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesta en esta ley"». De todo ello, puede deducirse, a juicio del magistrado, la derogación tácita del artículo 20.1-c) del Real Decreto-ley 7/1996, si se llega a la conclusión de que se opone o es incompatible con lo recogido sobre subordinación de créditos en la Ley Concursal. «Y en tal sentido ha de tenerse en cuenta que: (i) objetivamente, por lo referido a la naturaleza de la relación jurídica de la que deriva el crédito a clasificar, el artículo 92 de la Ley Concursal no recoge supuesto alguno que sea reconducible a la situación de los préstamos participativos; (ii) tampoco subjetivamente, por la condición de la persona titular del crédito, puede llegarse a la conclusión de subordinación, ya que el artículo 93 de la Ley Concursal, sobre personas especialmente relacionadas, exige participación del acreedor en cierto porcentaje del capital social del

deudor, como socio, lo que no se da en el caso de préstamo participativo; (iii) el artículo 92 contiene los supuestos tasados de subordinación, constituyendo una norma cerrada, sin que exista un apartado de remisión genérica a lo dispuesto en otras leyes o normas; y (iv) al tratarse de una norma restrictiva de derechos subjetivos, de postergación en el cobro en caso de concurrencia con otros derechos, no puede acudirse a su aplicación analógica, artículo 4 del Código Civil». Por todo ello, la sentencia concluye que la subordinación de créditos prevista con carácter especial y específico para los préstamos participativos en el artículo 20.1-c) del Real Decreto-ley 7/1996, es incompatible con el régimen de subordinación establecido en la sistemática de la Ley Concursal, de modo que aquella subordinación legal debe considerarse derogada tácitamente.

Frente a esta decisión, la *sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (sección 3.ª), de 19 de junio de 2012*, [ponente: Ángel Muñiz Delgado], en contra de la opinión del juez de instancia[25], mantiene: «[C]iertamente la Ley Concursal en su artículo 92. 2.º califica como subordinado aquel crédito que «por pacto contractual» tenga tal carácter respecto de todos los demás créditos contra el deudor. Esa expresión legal, tal y como apunta la doctrina mercantilista que cita la parte apelante, puede interpretarse en sentido estricto tal y como lo hace el juzgador de instancia, es decir como exigencia de un concreto pacto o cláusula incorporada expresamente al contrato o relación jurídica de que nazca el crédito.

Por el contrario, también puede interpretarse más ampliamente, entendiendo que dicha voluntad de subordinación existe y ha de considerarse manifestada desde el momento en que las partes deciden utilizar un determinado instrumento o figura contractual que por ley comporta dicha subordinación y a resultas del cual nace el crédito en cuestión, aunque al redactar el concreto contrato no incluyan luego expresa o específicamente dicha cláusula. El paradigma del crédito subordinado contractualmente es el préstamo participativo, regulado en el Real Decreto-ley 7/1996, cuyo artículo 20.1-c expresamente dispone que en orden a la prelación de créditos se situará después de los acreedores comunes.

Pues bien, en el caso que nos ocupa entendemos no es ni siquiera preciso acudir a esta segunda interpretación amplia para calificar de subordinado el crédito que nos ocupa. Si examinamos el contrato de préstamo suscrito inter partes el 28 de julio de 2006, se constata como ambas partes libre, voluntaria y conscientemente no solo lo titulan como préstamo participativo en repetidos pasajes y acuerdan pactos propios y genuinos de dicha figura contractual, sino que expresamente en su 1.ª cláusula establecen que «el presente préstamo tendrá a todos los efectos el carácter de participativo de acuerdo con lo dispuesto en el RDL 7/1996», añadiendo en la cláusula 11.ª que el contrato «se interpretará y regirá con arreglo en especial a lo dispuesto en el artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996 de 7 de junio». Se trata por tanto de una repetida, expresa y completa remisión al Real Decreto-ley, no solo sin excluir ninguno de los efectos que en dicha disposición se contemplan como propios del préstamo participativo que regula, sino con particular y expresa aceptación de los contemplados en su artículo 20, entre los que se halla su carácter subordinado respecto de los acreedores comunes. En virtud de ello consideramos resulta clara e inequívoca la voluntad de las partes de someter el crédito nacido del préstamo participativo en cuestión a la subordinación propia de dicho negocio jurídico, por lo que revocamos la resolución impugnada con estimación del recurso».

Posteriormente, en términos semejantes, se manifiesta la *sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián, de 15 de enero de 2016*, [magistrado: Pedro José Malagón Ruiz]: «E]n el caso concreto, como indica la demandante

no se acredita la existencia de ningún pacto entre PHARMACLAY DELIVERY SYSTEM S.L. y ENISA S.A. del que derive que parte o la totalidad del crédito que ostenta la segunda tenga el carácter de subordinado en un futuro concurso de acreedores. La ausencia de este pacto, tal y como apunta la demandante, puede interpretarse en sentido estricto, es decir como exigencia de un concreto pacto o cláusula incorporado expresamente al contrato o relación jurídica de que nazca el crédito para que pueda calificarse como subordinado. Pero también puede interpretarse más ampliamente si se entiende que dicha voluntad de subordinación se da desde el momento en que las partes deciden utilizar una determinada figura contractual que por ley comporta dicha subordinación y a resultas del cual nace el crédito en cuestión, aunque no se incluya expresamente ese pacto en el contrato.

En el caso que nos ocupa, si examinamos el contrato de préstamo suscrito entre las partes, el mismo se denomina «póliza de préstamo participativo» y, expresamente, en la condición general 1.ª se indica que el contrato «se regirá por los pactos particulares indicados en este contrato y por las disposiciones legales aplicables al mismo, en particular por lo dispuesto en el artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996 de siete de junio y por la disposición adicional segunda de la Ley 10/1996 de 18 de diciembre». Se trata por tanto de una expresa y completa remisión al Real Decreto-ley, que no excluye ninguno de los efectos que en dicha disposición se contemplan como propios del préstamo participativo que regula y, además, acepta expresamente los contemplados en su artículo 20, entre los que se halla su carácter subordinado respecto de los acreedores comunes, que hay que identificar, por lógica y gramática, con los ordinarios en el concurso de acreedores.

Como indica la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, de 23 de diciembre de 2013, «…Debe, por ello, concluirse que desde la perspectiva concursal no es la regulación legal, sino la voluntad de los contratantes al escoger esta específica fórmula de financiación, la que determina la necesaria postergación crediticia por el cauce del núm. 2 del artículo 92 de la Ley Concursal, por ello va imperativamente implícito en la figura negocial constituida por prestamista y prestatario. En otras palabras […] la "… subordinación contractual se produce no solo cuando las partes incluyan una cláusula de subordinación en un crédito, sino también cuando escojan establecer una relación crediticia mediante una técnica jurídica que lleve aparejada la subordinación. Pensemos, cómo no, en los préstamos participativos…".

En virtud de ello, debe de entenderse que resulta clara e inequívoca la voluntad de las partes de someter el crédito nacido del préstamo participativo en cuestión a la subordinación propia de dicho negocio jurídico, por lo que debe de confirmarse su calificación de subordinado».

Y de este modo llegamos a la *sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28.ª), de 24 de marzo de 2017,* [ponente: José Manuel de Vicente Bobadilla], en el concurso de Reyal Urbis S.A., y en un incidente promovido por la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria S.A. (SAREB). La sociedad acreedora considera infringido el artículo 36.4 h) de la Ley 9/2012, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, modificado por el Real Decreto-ley 6/2013 de 22 de marzo, conforme al que se prohíbe calificar como subordinados los créditos transmitidos a SAREB en el eventual concurso del deudor, salvo que ya hubiese sido calificado el crédito como subordinado con carácter previo a la transmisión, en cuyo caso conservará tal calificación. En este supuesto, la subordinación del crédito vendría dada por el hecho de que la administración concursal lo vincula a la existencia de un pacto contractual previo

(art. 92. 2.º LC). De ahí que el Tribunal deba analizar si realmente existe un pacto previo de subordinación que atribuya tal carácter al crédito. La cláusula contractual cuestionada establecía que: «REYAL URBIS y los acreditantes del Tramo L5 acuerdan que (la totalidad o parte del) importe dispuesto bajo el Tramo L5 se convierta, en la medida necesaria en cada fecha de disposición del Tramo L5 (…), en un préstamo de naturaleza participativa y, consecuentemente, se regulará además de por lo dispuesto en el presente contrato, por lo dispuesto en el artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996 de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, tal y como ha sido modificado por la disposición adicional segunda de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, de Medidas Fiscales Urgentes sobre la Corrección de la Doble Imposición Interna Intersocietaria y sobre Incentivos a la Internacionalización de las Empresas». Frente a ello: «la Sala no considera que el Real Decreto-ley 7/1996 establezca la calificación concursal del crédito participativo como crédito subordinado», y argumenta:

«Ante todo, es preciso recordar la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, en la que se manifiesta que «se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas». Ese principio ha sido recordado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia, v.gr., en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2013. El criterio indicado también ha sido aplicado por esta sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en numerosas ocasiones, en las que hemos señalado que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y sus excepciones, positivas (créditos privilegiados) o negativas (créditos subordinados) han de ser muy contadas y siempre justificadas, por lo que no puede caerse en interpretaciones extensivas de los criterios de subordinación (sentencia de la sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de octubre de 2016, entre otras muchas). La aplicación de la regla de subordinación contenida en el 92. 2.º de la Ley Concursal, que atribuye carácter subordinado a un crédito por pacto contractual, supone para el acreedor postergado una renuncia a su derecho a la igualdad de trato en el seno del concurso y, por tanto, también debe ser objeto de interpretación estricta.

Es conocido que el artículo 6.2 del Código Civil, en cuanto actúa como delimitador del alcance de la renuncia de derechos, ha sido objeto de interpretación constante y uniforme por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que exige, para su eficacia jurídica, que sea expresa y contundente, con manifestación indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, o deducida de actos o hechos de los que se deduzca inequívocamente y sin ambigüedad alguna (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2001, que cita otras de fechas 5 de marzo, 3 de junio, 28 y 31 de octubre y 5 de diciembre de 1991, 14 de febrero de 1992, 31 de octubre de 1996 y 19 de diciembre de 1997). La remisión al régimen legal del Real Decreto-ley 7/1996 carece de ese carácter de manifestación indiscutible de renuncia de derechos por parte del acreedor subordinado, máxime cuando el citado Cuerpo normativo, que es anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal, no indica de forma literal que el crédito participativo sea un crédito subordinado.

Lo que el artículo 20.1-c) del Real Decreto-ley 7/1996 establece es una regla de prelación de los créditos, señalando que los participativos se situarán después de los acreedores comunes. Se trata de una norma que es desarrollo o complemento de la regulación que sobre la materia contiene el Código Civil en los artículos

1921 y siguientes. No en vano, el término «prelación» coincide con la rúbrica del capítulo III, («De la Prelación de Créditos») del título XVII («De la Concurrencia y Prelación de Créditos»), del Libro IV del Código Civil; y el término «créditos comunes» es el empleado en el artículo 1929.3.º del Código Civil.

Estas normas no resultan de aplicación en supuestos concursales, tal y como expresamente indica el artículo 1921.2.º del Código Civil, a cuyo tenor «en caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por la Ley Concursal». Dicho párrafo fue introducido por la disposición final primera de la Ley Concursal, lo que no viene a ser sino una manifestación del principio de unidad legal que proclama su Exposición de Motivos. Las excepciones a ese principio de unidad legal se mencionan en la propia Ley Concursal, en su disposición adicional segunda, en lo que se refiere a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras. Entre las normas referenciadas en dicha disposición, no se encuentra el Real Decreto-ley 7/1996.

Ello no significa que las disposiciones del Código Civil relativas a la materia y la de aquellas otras normas que las complementan (como el artículo 20.1-c) del Real Decreto-ley 7/1996), hayan quedado sin contenido. Lo que ocurre es que su aplicación se restringe a los casos de ejecuciones singulares, como por otra parte se desprende del hecho de que la disposición final trigésima tercera de la Ley Concursal, rotulada Proyecto de Ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos, señalase que «en el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares», distinguiendo así entre ejecución universal y ejecución singular, que quedaría sujeta a las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio. Otras Audiencias así lo han constatado (sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 19 de febrero de 2014). Esta es la doctrina jurisprudencial sentada en las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1975 y 25 de enero de 1958, dictadas en juicios de tercería de mejor derecho y que vienen a distinguir entre la ejecución colectiva de créditos que ostentan distintos acreedores contra un mismo deudor y la existencia de dos ejecuciones simultáneas o singulares contra un mismo deudor y unos mismos bienes. En el mismo sentido cabe citar la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de diciembre de 1994, a cuyo tenor: «(…) la preferencia crediticia solo juega en los casos de concurrencia de créditos (esto es, en las hipótesis de ejecución colectiva o en las ejecuciones individuales cuando se ha interpuesto una tercería de mejor derecho) y su única eficacia se agota en la determinación del orden de pago de los créditos concurrentes, de modo que iniciada para un acreedor una ejecución individual contra su deudor y embargado alguno de sus bienes, cualquier otro acreedor del ejecutado que se considere de mejor condición que el actor y pretenda cobrarse antes que él con cargo al bien trabado, deberá acudir a esa ejecución ya iniciada, interponiendo la oportuna tercería de mejor derecho…».

Por lo demás, la doctrina expuesta es la que sostienen la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales (así, la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 19 de febrero de 2014 y las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 31 de enero y 13 de septiembre de 2012, y Valencia de 23 de julio de 2013).

El juez «a quo» cita en apoyo de su planteamiento la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2011, pero de la citada resolución no puede colegirse que el artículo 20.1-c) del Real Decreto-ley 7/1996 resulte de aplicación en caso

de concurso. Lo que dicha sentencia proclama es que el articulo 20.1-c) del Real Decreto-ley 7/1996 solo resulta de aplicación cuando es necesario establecer una prelación porque haya una situación de insolvencia. Pero una cosa es que haya una situación de insolvencia y otra distinta es que se haya declarado un concurso. No en vano, la resolución indicada se dicta en un proceso extraconcursal en el que el Tribunal Supremo declaró que no resultaban de aplicación las normas de prelación porque el proceso no había tenido por objeto la clasificación de créditos ni se hubo probado que existieran créditos comunes.

En consecuencia, procede estimar el recurso formulado por SAREB en el sentido de que no procede calificar el crédito cuestionado como subordinado».

3. Consideraciones finales

A nuestro modo de ver, los argumentos de los tribunales que rechazan la eficacia dentro del concurso del carácter subordinado de los créditos derivados de contratos de préstamo participativo no son concluyentes. En principio parece evidente que no deben identificarse necesariamente la naturaleza participativa del préstamo y la condición de subordinado[26]. Esa conexión deriva del régimen jurídico especial al que se sujetan. La subordinación del crédito, así como su consideración como fondos propios a efectos contables en determinadas circunstancias, son una atribución del Ordenamiento. La norma reconoce que el prestamista, interesado en el éxito del proyecto financiado con el fin de asegurarse la devolución del capital prestado, se coloca en una posición distinta al resto de financiadores del deudor cubiertos con garantías, pero también diferente de los aportantes de capital, cuya implicación en la empresa es directa y sustancial. Ahora bien, desde la perspectiva contractual, ambas características del préstamo podrían pactarse por separado y existir individualmente. El acreedor puede por pacto subordinar su crédito, como puede acordar que la retribución que perciba por la financiación se determine en todo o en parte mediante una participación en beneficios, en el volumen de negocio o en base a otros parámetros que libremente decidan las partes. Pero si los contratantes acuerdan el préstamo y se someten a la normativa especial, aunque la naturaleza del préstamo no cambie, esa naturaleza pasa a estar integrada por la condición de participativo y la cualidad de subordinado. Asimismo, cuando los contratantes concierten un préstamo participativo y no excluyan expresamente la normativa que lo regula, será aplicable la regulación especial en caso de conflicto.

El preámbulo del Real Decreto-ley 6/1997 revela que la regulación de los préstamos participativos tenía por objeto permitir que la figura respondiera a las exigencias que planteaba la evolución económica. Se trataba de adaptar un mecanismo de financiación que venía siendo empleado a los fines concretos de la reconversión y la reindustrialización empresarial y que tenía, por tanto, un ámbito de aplicación muy limitado dentro de los medios de crédito oficial, a las nuevas necesidades de fomento y liberalización de la actividad económica. De hecho, desde el gobierno se justifica la extraordinaria y urgente necesidad de las medidas incluidas en el Real Decreto-ley en la obligación de cumplir las exigencias de la política económica europea y comunitaria, para acceder a la tercera fase de la unión monetaria. De ahí que la mayor parte de las normas de ese Real Decreto-ley hayan sido superadas por la legislación posterior y que el propio artículo 20 se haya modificado en distintas ocasiones[27].

En esa regulación específica, la referencia normativa a que los créditos derivados de los préstamos participativos «en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes», alude a un supuesto de concurrencia de acreedores, ya que, en otro caso, no habría razón para que los acreedores, incluidos los acreedores por préstamos participativos, no cobren en el momento del vencimiento sin que concurran dificultades especiales para ello derivadas de la pluralidad de acreedores. Y concurrencia de acreedores puede darse tanto en el ámbito de la ejecución singular, cuanto en el de la ejecución colectiva, si bien es más propia de esta última. Por tanto, a priori debe admitirse la posibilidad de aplicar la regla de prelación de créditos que establece la regulación especial de los préstamos participativos en todos aquellos casos en los que los créditos frente al deudor se clasifiquen y gradúen por un orden determinado para proceder a su pago. Así, la *sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de julio de 2013*, reconoce que las normas legales sobre clasificación y graduación de créditos están dictadas bajo el presupuesto de un procedimiento de concurso de acreedores o de ejecución colectiva de créditos que ostentan distintos acreedores frente a un mismo deudor, y también, conforme a doctrina jurisprudencial reiterada, en los juicios de tercería de mejor derecho, que vienen a ser un concurso de acreedores en un proceso singular[28]. Por tanto, parece que el orden de prelación en los créditos deriva de la concurrencia de acreedores ante la situación de insolvencia del deudor, exista o no una declaración judicial de concurso[29].

No obstante, la Ley Concursal, que ocupa el ámbito legislativo que antes correspondía tanto a las quiebras y las suspensiones de pagos, como al concurso de acreedores y al beneficio de quita y espera, no alude al Real Decreto-ley 6/1997; ni entre las normas que comprenden el régimen especial aplicable a determinadas entidades de los mercados financieros (disposición adicional segunda), ni entre las normas que deroga de modo explícito (disposición derogatoria única). Y, si bien las normas limitativas o restrictivas de derechos deben ser objeto de interpretación estricta[30], no debe olvidarse que la Ley Concursal rechaza expresamente la vigencia dentro del procedimiento de privilegios o preferencias extraconcursales (art. 89), pero no recoge una disposición semejante para los supuestos de subordinación, e incluso admite una subordinación por pacto contractual, en la que las partes podrían disponer expresamente el orden de prelación del crédito dentro de los subordinados. En consecuencia, del espíritu y finalidad de la Ley Concursal no es posible deducir claramente la derogación de esa regla de prelación que establece la subordinación legal de los créditos derivados de los préstamos participativos (disposición adicional primera).

Con todo, hay que tener presente el impulso que ha recibido este instrumento de financiación no solo para encauzar las inversiones de capital riesgo o para instrumentar proyectos de financiación participativa a través de las plataformas de financiación participativa, sino también y muy especialmente en el ámbito de la refinanciación preconcursal y del convenio concursal. Así, en la Ley Concursal, los préstamos participativos pueden integrar el contenido de la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos (art. 236.1-e), de los acuerdos de refinanciación (disp. adicional cuarta.3) o del propio convenio en el concurso de acreedores (art. 100.2). Sin embargo, estas actuaciones legislativas, encaminadas a atraer al ámbito de las refinanciaciones y reestructuraciones empresariales estos medios de financiación cercanos al capital, chocan con el tratamiento que reciben los créditos derivados de los préstamos participativos en el concurso posterior.

IV. CONCLUSIONES

I. Los préstamos participativos constituyen un tipo de deuda subordinada especial y, con arreglo a su regulación específica, en orden a la prelación de créditos, los créditos derivados de estos contratos se sitúan después de los acreedores comunes.

II. La doctrina concursalista mayoritaria admite la vigencia dentro del concurso de acreedores del orden de prelación legalmente establecido para estos créditos y los sitúa en la categoría de los créditos subordinados por pacto contractual.

III. Los tribunales mantienen posiciones enfrentadas que no llegan a ser concluyentes. Para algunos, la subordinación legal de los créditos derivados de los préstamos participativos debe entenderse derogada tácitamente por la Ley Concursal y solo sería vigente fuera del concurso; para otros, en cambio, constituyen un claro ejemplo de crédito subordinado contractualmente con eficacia dentro del procedimiento concursal. Ante ello, habrá que esperar a que el Tribunal Supremo se pronuncie para clarificar la controversia.

V. INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo

- STS de 13 de julio de 2011
- STS de 18 de marzo de 2016

Audiencias

- SAP de Valladolid de 19 de junio de 2012
- SAP de Valencia de 23 de julio de 2013
- SAP de Madrid de 24 de marzo de 2017

Juzgados

- SJM núm. 8 de Madrid de 23 de marzo de 2011
- SJM núm. 1 de San Sebastián de 15 de enero de 2016

VI. BIBLIOGRAFÍA

AYALA JIMÉNEZ, G. (2015). *Préstamos participativos y viabilidad financiera*. Tesis Doctoral. Universidad de Málaga.

BELTRÁN, E./ROJO, A. (2017). El concurso de acreedores. *Lecciones de Derecho mercantil* (Rojo/Menéndez dirs.). Cizur Menor: Civitas, 2017, 475-488.

BERMEJO, N. (2002). *Créditos y quiebra*. Madrid: Civitas.

CAMPUZANO, A. B./SÁNCHEZ PAREDES, M.ª L. (2016). *Prevención y gestión de la insolvencia*. Barcelona: Editorial UOC.

COLINO MEDIAVILLA, J. L. (2007). Préstamo participativo. *http://eprints.ucm.es/7644/1/Préstamoparticipativo-E-PRINT.pdf* (última consulta, 14 de octubre de 2017).

FERRE, M./LEÓN, F. J. (2008). Las cuentas en participación y el concurso. *ADCo*, núm. 15, 33-68.
FERRÉ FALCÓN, J. (2006). *Los créditos subordinados*. Cizur Menor: Aranzadi.
GARCÍA VILLAVERDE, R. (1992). Créditos participativos. *Contratos bancarios* (García Villaverde, R., dir.). Madrid: Civitas, 188-224.
GARRIDO, J.M. (2004). Artículo 89. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo/Beltrán, dirs.), Madrid: Civitas, 1596-1605.
— (2004). Artículo 92. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo/Beltrán, dirs.), Madrid: Civitas, 1658-1668.
GOLDENBERG, J. L. (2011). Los negocios de subordinación particular. *ADCo*, núm. 23, 111-160.
LARA GALERA A. L./SÁNCHEZ SOLIÑO, A. (2015). Valoración de los préstamos participativos en las concesiones de infraestructuras como activos contingentes del volumen de tráfico. *Hacienda Pública Española*, 214, 35-54.
MÍNGUEZ PRIETO, R./ CERDÁ MASIP, A. (2013). El contrato entre acreedores: naturaleza jurídica, alcance objetivo y diversidad subjetiva, su función en escenario de insolvencia y análisis de figuras afi*nes*. *http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1396534795es.pdf* (última consulta 13 de octubre de 2017).
PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (2012). Créditos subordinados tras la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. *Tratado judicial de la insolvencia* (Prendes Carril/Muñoz Paredes, dirs.). Cizur Menor: Aranzadi, 323-404.
PULGAR, J. (2016). *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*. Madrid: Wolters Kluwer.
ROJO, A. (2004). Artículo 2. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo/Beltrán, dirs.). Madrid: Civitas, 164-193.
SÁNCHEZ PAREDES, M.ª L. (2012). Sobre los concursos de los concesionarios de autopistas. *http://www.dictum-abogados.bthemattic.com/files/2012/11/Sobre-los-concursos-de-los-concesionarios-de-autopista1.pdf* (última consulta, 14 de octubre de 2017).
— (2016). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (Campuzano, A. B./Sanjuán y Muñoz, E., dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch, 473-505.
SEBASTIÁN, R. (2008). La subordinación de los créditos de las personas jurídicas. *ADCo*, núm. 15, 69-122.
VEIGA COPO, A. B. (2017). *La masa pasiva del concurso de acreedores*. Cizur Menor: Civitas.
VIÑUELAS SANZ, M. (2017). Los préstamos participativos. *RDM*, núm. 305, 305-357.

NOTAS

[1] Esta característica atribuye al préstamo la condición de mercantil (art. 311 CCom.). Además, el interés variable o participativo dependerá de la variable que se tome como referencia (cifra de ventas, número de unidades producidas, resultado de actividades ordinarias, etc.), algo que la normativa deja a la discrecionalidad de los contratantes, lo que confiere al instrumento financiero una gran flexibilidad. Si bien esta nota puede devaluarse considerablemente mediante el establecimiento de sistemas de determinación del interés variable que aseguren una retribución incluso cuando las cosas vayan mal para la activi-

dad del prestatario, v. COLINO MEDIAVILLA, J. L. (2007). Préstamo participativo. *http://eprints.ucm.es/7644/1/Préstamoparticipativo-E-PRINT.pdf*, 8, y 12 a 14, (última consulta, 14 del octubre de 2017).

Por otra parte, la participación en los beneficios, pero no en las pérdidas, permite diferenciar esta figura de otras afines como las cuentas en participación, v. GARCÍA VILLAVERDE, R. (1992). Créditos participativos. *Contratos bancarios* (García Villaverde, R., dir.). Madrid: Civitas, p.196. También, FERRE, M./LEÓN, F. J. (2008). Las cuentas en participación y el concurso. *ADCo*, núm. 15, 56.

[2] Esta limitación se dirige a proteger los intereses del prestamista, «ya que, debido a la vinculación de los intereses del préstamo con la evolución favorable de la empresa, el prestatario tendrá incentivo para cancelar anticipadamente el préstamo si el funcionamiento de la empresa es favorable, evitando así el elevado coste financiero que puede tener este instrumento», v. AYALA JIMÉNEZ, G. (2015). *Préstamos participativos y viabilidad financiera*. Tesis Doctoral. Universidad de Málaga, 102.

[3] En la práctica se constata que en los contratos entre acreedores —*intercreditor agreements*— se atribuye a los préstamos participativos la consideración de deuda subordinada, de modo que por pacto entre las partes ocupan el último lugar en el acceso a flujos de caja, de garantías y en el orden de pagos. V. MÍNGUEZ PRIETO, R./ CERDÁ MASIP, A. (2013). El contrato entre acreedores: naturaleza jurídica, alcance objetivo y diversidad subjetiva, su función en escenario de insolvencia y análisis de figuras afines. *http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1396534795es.pdf,* 23 y 24, (última consulta 13 de octubre de 2017). Ahora bien, con carácter general, se mantiene que los pactos en relación con el orden de prelación en la deuda carecerán de eficacia en un proceso concursal. El pacto o acuerdo de subordinación entre los acreedores solo afectaría a los firmantes. Sus efectos se producen al margen del concurso y únicamente en el marco de las relaciones internas de los acreedores que los suscribieron, v. PULGAR, J. (2016). *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*. Madrid: Wolters Kluwer, 355 y 356.

No obstante, son eficaces dentro del concurso los «acuerdos de subordinación general», por los que el acreedor o acreedores deciden degradar su crédito respecto a toda la masa de acreedores ordinarios (art. 92. 2.º LC); lo que para algún autor no deja de resultar paradójico si se piensa que es la ley la que en exclusiva establece la prelación crediticia en caso de concurso, «conforme es tradición en nuestro Derecho concursal», v. PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (2012). Créditos subordinados tras la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. *Tratado judicial de la insolvencia* (Prendes Carril/Muñoz Paredes, dirs.). Cizur Menor: Aranzadi), 361. Además, dado el reconocimiento que la subordinación por pacto supone a la autonomía privada, aunque la Ley Concursal no se refiera a ello, cabría plantearse si los «negocios de subordinación particular», en los que la degradación solo se produce respecto a uno o varios acreedores determinados, serían admisibles, en tanto no son prohibidos por la norma, v. FERRÉ FALCÓN, J. (2006). *Los créditos subordinados*. Cizur Menor: Aranzadi, 235 a 240; GOLDENBERG, J. L. (2011). Los negocios de subordinación particular. *ADCo*, núm. 23, 140; y, PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (2012). Créditos subordinados tras la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, *cit.*, 362

[4] Desde la perspectiva económico-financiera constituyen un «instrumento híbrido», en cuanto gozan de las características de la financiación propia y de la financiación ajena, y se singularizan por el orden de prelación que ocupan, que les atribuye la consideración de «deuda junior», al colocarse detrás la financiación ajena o «deuda senior», pero delante de las acciones ordinarias. De ahí que se les considere también «financiación mezzanine», al ocupar un lugar intermedio entre la deuda y el capital, y se les atribuya como principal característica, la flexibilidad. V. AYALA JIMÉNEZ, G. (2015). *Préstamos participativos y viabilidad financiera*, *cit.*, 30 y 31.

El incremento de este tipo de financiación híbrida y subordinada (v. gr. participaciones preferentes) puede considerarse una forma de reacción frente a la aversión al riesgo por parte de las entidades financieras; una aversión que limita en gran medida la financiación bancaria, ante la exigencia habitual de garantías y su valoración. Frente a ello, en los préstamos participativos, las garantías son las propias del proyecto empresarial, de manera que no se exige la aportación de garantías adicionales para la concesión del préstamo,

que constituye una herramienta idónea de financiación de las pymes, especialmente en el sector tecnológico.

[5] En este sentido, la *sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2016*, en el *ADCo*, núm. 39, (2016), 359 a 367, contempla el supuesto de una propuesta anticipada de convenio con dos opciones, en la que la alternativa que habrá de aplicarse en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección consiste en la conversión del crédito en participativo. La AEAT se oponía a la aprobación del convenio alegando, entre otras razones, que la conversión era contraria a la normativa reguladora de la adquisición de derechos de propiedad incorporal por la Administración General del Estado. Frente a ello, el Tribunal razona que la novación del crédito que supone el convenio concursal no conlleva que la Administración pública acreedora adquiera bienes incorporales, pues no se prevé la conversión del crédito en participaciones sociales. Como había observado la Audiencia Provincial, los préstamos participativos en ningún caso suponen la participación en el capital de la sociedad prestataria, de modo que no podía aplicarse la normativa relativa al régimen de propiedad de bienes incorporales.

[6] Entre otras medidas, fueron empleados, inicialmente, por la Administración para hacer frente al fuerte impacto de la crisis sobre los concesionarios de autopistas, v. SÁNCHEZ PAREDES, M.ª L. (2012). Sobre los concursos de los concesionarios de autopistas. *http://www.dictum-abogados.bthemattic.com/files/2012/11/Sobre-los-concursos-de-los-concesionarios-de-autopista1.pdf*, (última consulta, 14.10.2017); también, (2016). Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (Campuzano, A. B./Sanjuán y Muñoz, E. dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch, 502.

En general, sobre la utilización de los préstamos participativos como mecanismo de apoyo público a las concesiones de infraestructuras y el componente de subvención pública implícito en dichos instrumentos de financiación, v. LARA GALERA A. L./SÁNCHEZ SOLIÑO, A. (2015). Valoración de los préstamos participativos en las concesiones de infraestructuras como activos contingentes del volumen de tráfico. *Hacienda Pública Española*, 214, 35 a 54.

La evolución histórica de la figura en el Derecho español pone de manifiesto que los préstamos participativos surgen con un ámbito de aplicación restringido, limitados a empresas en procesos de reconversión o reindustrialización y a los medios de crédito oficiales. Hasta el Real Decreto-ley 7/1996 no se amplía su ámbito de aplicación y se permite su uso generalizado, sin perjuicio de que se consideren un «importante instrumento financiero generalmente utilizado desde la administración pública para el fomento del tejido empresarial», cuyos efectos, en términos de creación de valor para las empresas financiadas, son similares a los del capital-riesgo, v. FERRÉ FALCÓN, J. (2006). *Los créditos subordinados*, ob. *cit.,* 50 a 52; AYALA JIMÉNEZ, G. (2015). *Préstamos participativos y viabilidad financiera*, *cit.,* 21; y COLINO MEDIAVILLA, J. L. (2007). Préstamo participativo, *cit.*, 9 a 12.

[7] V., en contra de su consideración como activo a efectos de determinar el patrimonio neto contable para la reducción del capital y disolución por pérdidas en la sociedad anónima y en la sociedad de responsabilidad limitada, COLINO MEDIAVILLA, J. L. (2007). Préstamo participativo, *cit.,* 26 a 29. Un análisis más extenso puede verse en VIÑUELAS SANZ, M. (2017). Los préstamos participativos. *RDM*, núm. 305, 329 a 336.

[8] En este sentido, se afirma que la subordinación no produce una cesión del valor absoluto del crédito —valor nominal o valor que corresponde al crédito al ser comunicado en el concurso—, sino solo una transferencia de su valor relativo —valor que resulta de la aplicación de las reglas de graduación y proporcionalidad al crédito—, de lo que se deduce que no hay verdadera cesión. Los acreedores beneficiarios no son destinatarios directos de alguna atribución patrimonial, sino que reciben una ventaja derivada de la disminución del número de sujetos que tienen derecho a ser pagados antes. Así, «la pérdida de valor relativo del crédito subordinado es distribuida entre todos los acreedores ordinarios del deudor». Desde esta perspectiva, además, estaríamos ante un supuesto de subordinación general, en el que el crédito resulta pospuesto a todos los demás acreedores del deudor, y no ante una subordinación particular, en la que el crédito solo se degrada respecto a uno o varios acreedores previamente determinados, v. GOLDENBERG, J. L. (2011). Los negocios de subordinación particular, *cit.,* 137 y 138.

[9] Ni el vencimiento ni la exigibilidad del préstamo se subordinan a la acreditación por el prestamista de que los acreedores comunes de la prestataria hayan percibido o tengan asegurado el cobro de sus créditos. La acreditación de este hecho impeditivo recaería en la prestataria, quien debe probar que, en situación de insolvencia, existen créditos comunes que deben ser pagados con preferencia, v. *STS de 13 de julio de 2011*, [R. 912/2007, ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz]. Id Cendoj: 28079110012011100543. En esta resolución, además, el Tribunal mantiene que para que deba aplicarse la norma sobre prelación de créditos deberá concurrir una situación de insolvencia que impida al prestatario cumplir con su obligación de devolución del préstamo; sin que la consideración contable del préstamo participativo resulte aplicable para determinar si hay o no insolvencia, ya que, en el ámbito concursal, el préstamo participativo, es, como los demás créditos subordinados, pasivo. Al respecto, v. FERRÉ FALCÓN, J. (2006). *Los créditos subordinados*, *ob. cit.,* 56 a 62.

[10] V. VIÑUELAS SANZ, M. (2017). Los préstamos participativos, *cit.,* 327. La autora aborda el estudio de esta figura a la luz de las últimas manifestaciones legislativas dirigidas a impulsar el préstamo participativo como instrumento de financiación por el que encauzan su inversión las entidades de capital riesgo (arts. 13 y 21 de la Ley 22/2014, de 12 de noviembre) o como cauce para canalizar la financiación en las plataformas de financiación participativa (art. 50.1-c de la Ley 5/2015, de 27 de abril), o como mecanismo de refinanciación en el marco de los acuerdos de refinanciación homologados (disp. adic. 4.ª LC) o como medida de solución a la insolvencia dentro del convenio concursal (art. 100 LC).

[11] V. VEIGA COPO, A. B., (2017). *La masa pasiva del concurso de acreedores*. Cizur Menor: Civitas, 1372. También, BERMEJO, N. (2002). *Créditos y quiebra.* Madrid: Civitas, 435, quien afirma que los préstamos participativos son ejemplo paradigmático de subordinación legal.

[12] Existe un Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 8 de septiembre de 2006, que trae causa de la disposición final 33.ª de la Ley Concursal, donde se recoge el mandato al Gobierno para la elaboración del Proyecto de Ley en esta materia. Se pone así de manifiesto, en la propia Ley Concursal, la intención del legislador de mantener un doble sistema de prelación de créditos, en función de si el deudor se encuentra o no en concurso.

[13] La Ley Concursal no habla de acreedores comunes sino de acreedores ordinarios. No obstante, en la regulación de la quiebra contenida en el Código de Comercio (arts. 874 y sigs.), al establecerse la prelación de acreedores (art. 913 CCom.), se distinguían los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados por Derecho mercantil, los privilegiados por Derecho común, los acreedores escriturarios y los «acreedores comunes», dentro de los que se diferenciaba, a su vez, entre «acreedores comunes por operaciones mercantiles» (núm. 5) y «acreedores comunes por Derecho civil» (núm. 6). De este modo, si con arreglo a la disposición adicional primera de la Ley Concursal, los jueces y tribunales deben interpretar y aplicar las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados poniéndolas en relación con las del concurso regulado en la Ley Concursal, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, parece que puede afirmarse que la categoría de los «acreedores comunes» del Código de Comercio equivale a la actual de los «créditos ordinarios», v. FERRÉ FALCÓN, J. (2006). *Los créditos subordinados*, *ob. cit.,* 52. En todo caso, no parece razonable que los acreedores comunes se correspondan con los privilegiados.

[14] Como afirma GARRIDO (2004), «la existencia de una presunción a favor de la condición ordinaria de los créditos significa también que, a falta de indicación explícita o implícita por parte del acreedor, los créditos son, en principio, créditos ordinarios, sin que sea necesaria una manifestación expresa de esa condición», v. Artículo 89. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo/Beltrán, dirs.). Madrid: Civitas, 1604.

[15] En caso de liquidación del patrimonio del deudor, el pago de los créditos subordinados no se producirá hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios y se hará por el orden establecido en la norma. A su vez, cuando concurran varios créditos dentro de cada número el pago se realizará a prorrata (arts. 92 y 158 LC).

En el supuesto de convenio, los titulares de créditos subordinados quedan excluidos del quorum de constitución de la junta de acreedores (art. 116.4 LC) y no tendrán derecho de voto (art. 122.1 LC) ni tendrán derecho de adhesión si se produce la tramitación escrita de la propuesta de convenio (art. 115 bis.4 en relación con el 103.1 LC). De ahí que se discuta su

legitimación para oponerse a la aprobación del convenio. No obstante, el convenio vinculará a los acreedores subordinados respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos. En este sentido, los acreedores subordinados estarán sometidos a las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, si bien los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los créditos ordinarios. Queda, en todo caso, a salvo su derecho de elección entre diferentes propuestas alternativas (arts. 134. 1 y 102 LC).

Ahora bien, en relación con estas consecuencias normativas inherentes a la condición subordinada del crédito, se ha planteado si la subordinación de origen legal de los créditos derivados de préstamos participativos solo opera «en orden a la prelación de créditos», de suerte que el acreedor no sufriría más limitaciones que la postergación en el cobro, sin ver limitados otros derechos, como el de votar en la junta de convenio, v. PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (2012). Créditos subordinados tras la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre», *cit.,* 363.

[16] V., *supra*, n. 9. Todo ello, sin perjuicio de que pueda existir un acuerdo entre acreedores por el que determinados créditos decidan postergarse respecto de otros en el acceso a flujos de caja, de garantías y en el orden de pagos, y, a la hora de considerar la capacidad de endeudamiento de la sociedad, la consideración que se dé a estos préstamos deba ser análoga a la del capital social o del resto de partidas que integran los fondos propios.

[17] V., al respecto, CAMPUZANO, A. B./SÁNCHEZ PAREDES, M.ª L. (2016). *Prevención y gestión de la insolvencia*. Barcelona: Editorial UOC, 113 a 124.

[18] Por todos, ROJO, A. (2004). Artículo 2. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo/Beltrán, dirs.). Madrid: Civitas, 170.

[19] BELTRÁN, E./ROJO, A. (2017). El concurso de acreedores. *Lecciones de Derecho mercantil* (Rojo/Menéndez, dirs.). Cizur Menor: Civitas, 480.

[20] A esta heterogeneidad de supuestos, se añadieron por obra del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, los créditos derivados de contratos con obligaciones recíprocas en los que el contratante *in bonis* obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso. Con ello se trata de evitar, una actuación del contratante no concursado (contratante *in bonis*) que impida o dificulte la continuación en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional que viniera ejerciendo el deudor por la vía de obstaculizar el cumplimiento del contrato.

[21] La cláusula puede prever, por ejemplo, que el prestamista quede postergado en rango respecto de los acreedores comunes del prestatario y que el prestatario no pueda efectuar ninguno de los pagos previstos en el contrato de préstamo si en el momento en el que estos fueran exigibles no dispone de tesorería de libre disposición y hasta que sean atendidas sus obligaciones frente a los acreedores no subordinados.

[22] V. GARRIDO, J. M. (2004). Artículo 92. *Comentario de la Ley Concursal* (Rojo/Beltrán, dirs.). Madrid: Civitas, 1663.

Comparte esta opinión COLINO MEDIAVILLA, J. L. (2007). Préstamo participativo, *cit.*, 16, quien considera que los préstamos participativos son «subordinados por imposición legal», si bien la aplicación de la norma correspondiente [art. 20.1-c) del RD-L 7/1996] entra en juego como consecuencia de la subsunción en el tipo normativo de un supuesto negocial. Por lo tanto, «cuando se pacta el contrato de préstamo participativo se está asumiendo el carácter subordinado que le impone la norma. Además, no parece que haya otra solución más coherente con el artículo 92 de la Ley Concursal».

Esta parece ser también la posición mantenida por SEBASTIÁN, R. (2008). La subordinación de los créditos de las personas jurídicas. *ADCo*, núm. 15, 73 y 74, 76, n. 12 y 79, n. 23, si bien a su juicio habría que diferenciar entre la subordinación *ex-lege*, cuando la subordinación se produce en virtud de una norma, y la subordinación por ministerio de la ley, cuando dicha norma crea un instrumento financiero que lleva incorporada la subordinación. Los créditos derivados de préstamos participativos integrarían está segunda categoría, dentro de los créditos subordinados contractualmente, que a su vez constituye un supuesto de subordinación legal. Y ello, sin perjuicio de que pueda entenderse que la clasificación de los créditos subordinados por pacto contractual pueda ser alterada si las partes lo prevén

expresamente, pues la autonomía de la voluntad determinaría el riesgo asociado al crédito y, por tanto, su grado de subordinación.

De manera tajante, PÉREZ BENÍTEZ considera que «tan subordinado es el crédito en el que las partes deciden incluir una cláusula de subordinación contractual, como aquel otro concertado por las partes a través de un instrumento de financiación que legalmente lleve aparejada la subordinación», v. (2012). Créditos subordinados tras la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, *cit*., 364. A juicio de este último autor, esta sería la opción interpretativa más segura, de modo que «establecida por ley la postergación del crédito [en referencia al RDL 7/1996], será la Ley Concursal la que determinará tanto la gradación y prelación de pagos, como los efectos de dicha subordinación dentro del concurso, que será la misma que la del resto de acreedores subordinados».

Asimismo, respalda esta tesis VIÑUELAS SANZ, M. (2017). Los préstamos participativos, *cit*., 323, n. 61.

[23] Para BERMEJO (2002) «la subordinación legal de los préstamos participativos no tiene más explicación que la de *evitar que el riesgo asociado a estos créditos*, destinados, […], a la recapitalización de la sociedad, *se externalice sobre terceros que no pudieron anticipar la presencia de este tipo de endeudamiento en el patrimonio de la sociedad*». En esta línea, considera la autora que los créditos participativos se satisfarán tras los créditos ordinarios y los créditos por intereses, y que su proximidad a los recursos propios del deudor «explica la preferente satisfacción de los créditos por intereses». En consecuencia, dentro de la categoría de los subordinados «empezando por los supuestos inferiores, nos encontramos con los créditos de los socios a sociedades infracapitalizadas y los créditos participativos. Su ubicación en tal rango se explica por su equivalencia funcional a la aportación», v., *ob. cit*., 446, 459 y 460. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, al abordar el orden de prelación dentro del rango de los subordinados, la autora considera que los subordinados convencionales o por pacto contractual habrían de satisfacerse en el lugar pactado, y solo cuando no se acuerde nada, su satisfacción habrá de supeditarse a la satisfacción de la totalidad del endeudamiento subordinado del deudor.

En contra de esta interpretación se manifiesta expresamente PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (2012). Créditos subordinados tras la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, *cit*., 364. A su modo de ver, esta forma de entender las cosas «—además de resultar discutible en cuanto a la existencia de identidad de razón entre uno y otro supuesto—, contraría el criterio de interpretación restrictiva de una norma de evidente efecto sancionador».

[24] V. FERRÉ FALCÓN, J. (2006). *Los créditos subordinados*, *ob. cit*., 52 a 56. A nuestro modo de ver, esta interpretación plantea el inconveniente de que incluir estos créditos en una nueva categoría no prevista expresamente en la Ley Concursal no parece muy acorde con el necesario carácter restrictivo de la subordinación crediticia. Además, para que el préstamo tenga la consideración de participativo será preciso que las partes concluyan un contrato en los términos y con las características previstas para estas operaciones en el Real Decreto-ley 7/1996. De modo que, aunque el carácter subordinado derive de la norma, es preciso un pacto contractual que sujete el contrato a esa regulación especial. De ahí que parezca más razonable incorporar estos créditos a los subordinados por pacto contractual, sin perjuicio de que resulte poco adecuado, en orden a la funcionalidad del propio sistema de subordinación, atribuir a los créditos subordinados por pacto contractual un rango determinado y fijo, pues si en este supuesto la subordinación deriva de la voluntad de las partes, deberían ser las partes las que habrían de decidir el orden de graduación dentro de los créditos subordinados.

A salvo, todo ello, de la categorización que deban tener los intereses derivados del préstamo participativo o de la posibilidad de que el prestamista resulte, al mismo tiempo, persona especialmente relacionada con el concursado. Respecto de los intereses, habrá de acudirse al núm. 3 del artículo 92 que engloba «los créditos por recargos e intereses *de cualquier clase*, incluidos los moratorios». De modo que, cualquiera que sea la modalidad de retribución pactada, interés variable en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria e interés fijo con independencia de la evolución de la actividad, el crédito correspondiente deberá incluirse en la categoría que subordina los intereses *de cualquier clase*.

En cuanto al hecho de que el prestamista fuera persona especialmente relacionada, el crédito procedente del préstamo participativo habría de ubicarse, tanto por principal como por intereses, en el núm. 5 del artículo 92 de la Ley Concursal, ya que el elemento determinante en este caso sería la condición del acreedor.

[25] Quien consideró que la naturaleza de participativo del crédito, sujeto al Real Decreto-ley 7/1996, no comporta *per se* su condición de subordinado, ya que «para ello, y conforme a lo dispuesto en el artículo 92. 2.º de la Ley Concursal, que es el que especifica y preferentemente disciplina la calificación y prelación de créditos dentro del concurso, se exige la existencia de un pacto contractual expreso que en el presente caso no existe en el contrato suscrito inter partes».

[26] GARCÍA VILLAVERDE, R. (1992). Créditos participativos, *cit.,* 195.

[27] Primero por la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas, (disp. adicional 2ª.1-d), posteriormente por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (disp. derogatoria única 1-c), y por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión europea (disp. adicional 3.1-d).

[28] Así, en el supuesto de hecho de esta resolución (Id. Cendoj: 46250370062013100307) no prospera la pretensión dirigida a que se declare la preferencia crediticia, porque se hace valer en un procedimiento declarativo ordinario, y tal pretensión solo puede esgrimirse en el ámbito ejecutivo.

[29] Bajo el Derecho codificado, la vigencia del precepto era clara en caso de quiebra, pero no en caso de suspensión de pagos, pues se entendía que este procedimiento no tenía como finalidad primaria la liquidación, de modo que había que estar al contenido del acuerdo para determinar la vigencia o no de la posición subordinada del acreedor por préstamos participativos, v. GARCÍA VILLAVERDE, R. (1992). Créditos participativos, *cit.,* 222.

[30] Como dice la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, «se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas» (ep. V).

2. MERCANTIL

La impugnación de acuerdos sociales. *Nemo venire contra factum proprium. Bona fides*

Challenging corporate agreements. No one may set himself in contradiction to his own previous conduct. 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 19 de septiembre de 2017 analiza las relaciones entre la impugnación de acuerdos sociales y la prohibición de actuar en contra de los propios actos.

ABSTRACT: The judgment of the Spanish Supreme Court dated 19 September 2017 analyses the relations between challenging corporate agreements and the prohibition to act in contradiction to his own conduct.

PALABRAS CLAVE: Derecho de sociedades. Impugnación de acuerdos sociales. Actos propios.

KEY WORDS: Corporate Law. Challenging corporate agreements. Previous conduct.

SUMARIO: I. LOS ANTECEDENTES DEL CASO.—II. LA OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO Y LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.—III. LA BUENA FE Y LOS PACTOS PARASOCIALES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. LOS ANTECEDENTES DEL CASO

En la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2017 *(RJ* 2017, 4012) se aborda el conocido tema relativo a que el precepto de los estatutos sociales que establezca el carácter retribuido del cargo de administrador debe establecer además algún sistema de retribución, recordando que la exigencia de constancia estatutaria del sistema de retribución de los administradores sociales es una medida destinada a facilitar su conocimiento por los socios y los terceros y ofrece indirectamente protección a los socios minoritarios, dada la exigencia

de un quórum superior y las garantías formales con las que se reviste la modificación de los estatutos sociales.

Los hechos relevantes consisten en que en la Junta general de socios de Serviocio Andalucía S.L. (en lo sucesivo, Serviocio) que se celebró el 27 de mayo de 2008 se aprobó un acuerdo que modificó el artículo 20 de los estatutos de la sociedad. El acuerdo dio al precepto estatutario la siguiente redacción, bajo el título «Retribución»:

«El cargo de administrador será retribuido en la forma que se estipule para cada ejercicio en Junta general, conforme al apartado 3 del artículo 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada».

Acto seguido, tras la aprobación del acuerdo de modificación de los estatutos sociales, la Junta aprobó otro acuerdo en el que fijó la retribución de los administradores correspondiente al ejercicio social de 2009 en la percepción de la cantidad de 36.110,28 euros por cada uno de ellos.

La Junta general de socios de Serviocio que se celebró el 16 de julio de 2009 adoptó un acuerdo en el que se aprobaban las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2008, y otro en el que se fijó la retribución de los administradores para el año 2010 en la percepción por cada uno de ellos de 36.110,28 euros, al igual que en 2009.

Estos acuerdos se adoptaron con el voto favorable de los dos socios que eran administradores sociales, D. Marco Antonio, que era titular del 49,95% del capital social, y D.ª Juana, que era titular del 25,50% del capital social. Votó en contra D. Mario, cuyas participaciones suponían el 24,80% del capital social.

D. Mario interpuso sucesivamente sendas demandas de juicio ordinario contra Serviocio Andalucía S.L. en las que impugnó los acuerdos a que se ha hecho referencia y que fueron acumuladas.

Sobre las exigencias relativas a la retribución de los administradores, el Tribunal Supremo razona lo siguiente:

«4. Un principio básico de la disciplina de la retribución de los administradores sociales en nuestro ordenamiento jurídico es, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, el de la necesidad de su determinación estatutaria. En la sentencia 411/2013, de 25 de junio, afirmamos que el artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas (que, a los efectos que aquí interesan, y puesto en relación con el artículo 9.h de dicho texto legal, establecía un régimen equivalente al del artículo 66.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) podía interpretarse en el sentido de que exige la constancia en los estatutos del sistema de retribución de los administradores de la sociedad, sin que sea necesaria la concreción de una cuantía determinada.

La Junta general de la sociedad limitada puede fijar la cuantía de la retribución cuando esta consiste en el pago de una cantidad fija. Pero, previamente, este sistema retributivo debe estar previsto en los estatutos sociales.

En el caso objeto del presente recurso, no existía una previsión estatutaria de un sistema de retribución, sino simplemente una remisión a la decisión que sobre tal cuestión adoptara en cada ejercicio la junta general, sin fijar regla alguna a la que debiera atenerse la Junta general en la fijación de la retribución.

5. La exigencia de constancia estatutaria del sistema de retribución de los administradores sociales es una medida destinada a facilitar su conocimiento por los socios y los terceros y ofrece indirectamente protección a los socios minoritarios, dada la exigencia de un quórum superior y las garantías formales con las que se reviste la modificación de los estatutos sociales.

En la sentencia 893/2012, de 19 de diciembre, declaramos sobre la exigencia de constancia estatutaria del sistema de retribución:

«*Tal exigencia, aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de estos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles […]*».

Este régimen legal se completa con la exigencia de constancia, en la memoria que integra las cuentas anuales, del importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengadas en el curso del ejercicio por los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa. Así se preveía en la regla duodécima del artículo 200 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y se prevé actualmente en la regla novena del artículo 260 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

6. En la sentencia 180/2015, de 9 de abril, declaramos ajustado a las exigencias legales el precepto estatutario que preveía que el órgano de administración sería retribuido mediante el pago de una cuantía fija de dinero que sería determinada anualmente por la Junta general de accionistas. Pero ese precepto estatutario establecía al menos un sistema retributivo: el pago de una cantidad fija. Lo que se dejaba a la decisión de la junta general cada año no era la fijación del sistema retributivo (el pago de una cantidad fija de dinero), sino su concreción (qué cuantía debía tener ese pago en cada ejercicio)».

Siendo la conclusión del Tribunal Supremo, respecto de la anterior exigencia estatutaria la siguiente: La nulidad del acuerdo que introduce el precepto estatutario con base en el cual se adoptaron los acuerdos de retribuir a los administradores en los ejercicios 2009 y 2010, lleva consigo la nulidad de estos acuerdos, puesto que en los mismos se fijan determinadas retribuciones para esos ejercicios que se adoptaron sin que existiera un precepto estatutario que fijara un sistema retributivo del que tales acuerdos fueran una concreción.

Pese a la anterior ubicación del problema que efectúa el Tribunal Supremo en sede de la terminología existente sobre la nulidad de los acuerdos sociales, hay que destacar la existencia de importantes novedades sobre la materia introducidas 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.

Respecto de tal cambio legislativo, al igual que antes de la reforma, el primer párrafo del artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital establece que no procede la impugnación cuando el acuerdo social haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro, distinguiéndose ahora según que el nuevo acuerdo haya sido adoptado válidamente antes o después de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación (del primero), precisando la norma en uno y otro caso su régimen procesal. Asimismo es criterio general que la novedad más relevante de tal reforma 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 redunda en la idea correcta expresada por cierto sector doctrinal de cuyo exponente podemos citar a ALFARO ÁGUILA-REAL Y MESSEGUER[1], 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 sigs. 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».

También echamos en falta en esta sentencia que se hubiera analizado si efectivamente esa exigencia general de constancia estatutaria de la retribución de los administradores era necesaria efectivamente en el presente caso.

De esta forma, recordamos que correctamente la resolución de 10 de mayo de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles de Toledo a inscribir una escritura de modificación de estatutos de una sociedad (BOE núm. 136 de 6 de junio de 2016), razona expresamente lo siguiente:

«*El sistema de retribución inherente al cargo debe constar siempre en los estatutos. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que las funciones inherentes al cargo de administrador no son siempre idénticas, sino que varían en función del modo de organizar la administración. Básicamente hay cuatro modos de organizar la administración, una compleja y las demás simples. La compleja es la colegiada, cuando la administración se organiza como consejo. En ese caso las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la llamada función deliberativa (función de estrategia y control que se desarrolla como miembro deliberante del colegio de administradores); el sistema de retribución de esta función o actividad es lo que debe regularse en estatutos.*

Por el contrario, la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función inherente al cargo de «consejero» como tal. Es una función adicional que nace de una relación jurídica añadida a la que surge del nombramiento como consejero por la junta general; que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro.

La retribución debida por la prestación de esta función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero. Por el contrario, en las formas de administración simple (administrador único, dos administradores mancomunados o administradores solidarios, como es el caso en el presente recurso), las funciones inherentes al cargo incluyen todas las funciones anteriores y, especialmente, las funciones ejecutivas. Por ello, en estos casos, el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución deben constar en estatutos (art. 217.2)».

Sin embargo, lo que nos ocupa en estos momentos es el análisis que la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2017 efectúa sobre la inaplicabilidad al caso de la doctrina de los actos propios, razonando lo siguiente:

«QUINTO. Decisión del tribunal. Inexistencia de contradicción con los actos propios

1. La doctrina jurisprudencial sobre los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (sentencias 1/2009, de 28 de enero y 301/2016, de 5 de mayo). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura (sentencias núm. 552/2008, de 17 de junio, 119/2013, de 12 de marzo, 649/2014, de 13 de enero de 2015, y 301/2016, de 5 de mayo).

Esta doctrina responde a la necesidad de proteger la confianza legítima creada por la apariencia derivada del comportamiento de una de las partes, que induce a la otra a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado.

2. Estos elementos no concurren en el caso objeto del recurso. La conformidad del demandante con que los administradores sociales hubieran cobrado diversas cantidades de la sociedad con anterioridad a la adopción del acuerdo social de modificación de los estatutos, podrá impedir que exija a los administradores la devolución de esas cantidades. Su conducta, al consentir estas retribuciones, era apta para generar fundadamente en los administradores la confianza en una coherencia futura sobre tal cuestión y, por ello, en que podían percibir la remuneración por haber sido acordada por todos los socios, incluido el hoy demandante, y en que no se les iba a reclamar la devolución de tales cantidades. Así lo ha declarado este tribunal en la sentencia 412/2013, de 18 de junio.

Pero esa conducta del demandante no puede impedir que más adelante deje de estar conforme con que los administradores sigan percibiendo esas retribuciones que carecen de una previsión estatutaria válida que las sustente. Su conducta podía considerarse concluyente en generar la confianza en que no se reclamara la devolución de las retribuciones percibidas con su consentimiento, pero no para generar la confianza en que seguiría prestando su consentimiento indefinidamente.

3. Tanto más cuando hubo un cambio radical en las circunstancias, pues con anterioridad, la retribución que venía percibiendo la administradora social constituían ingresos de su núcleo familiar, de los que el demandante también podía disfrutar pues constituían un matrimonio, pero cuando se divorció de dicha administradora, dejó de disfrutar de tales ingresos y, como razona la Audiencia Provincial, los beneficios de la sociedad se repartieron en la práctica entre los dos administradores, sin que el demandante, socio minoritario, pudiera disfrutar de tales beneficios sociales».

Es decir, a nuestro juicio el Tribunal Supremo entiende incorrectamente el encaje de la doctrina de los actos propios en el presente caso en función de la también incorrecta aplicación de la doctrina de los actos propios que viene realizando en sede de impugnación de acuerdos sociales, como de hecho ocurrió en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2013 *(RJ* 2013, 4632), en la que se aplicó la doctrina de los actos propios del demandante al reclamar la retribución extraestatutaria del administrador que sin embargo estaba reconocida en un pacto parasocial firmado también por el propio demandante, lo que igualmente ocurre en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2017.

El error del razonamiento anterior consiste en aplicar la doctrina de los actos propios para impedir la reclamación de una retribución extraestatutaria firmado en un pacto parasocial por el propio demandante en clara vulneración del principio de «*pacta sunt servanda*».

II. LA OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO Y LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Para analizar la relación entre el carácter vinculante del contrato y la doctrina de los actos propios que tan erróneamente viene entendiendo y aplicando el Tribunal Supremo, acudimos a las palabras de dos grandes juristas como son GARCÍA DE ENTERRÍA y DÍEZ PICAZO.

En primer lugar y ya hace años, GARCÍA DE ENTERRÍA[2] se mostraba así de crítico con la indebida aplicación de los actos propios a la relación jurídica en la que media un contrato válido y vinculante para las partes, al razonar lo siguiente: «3. La doctrina de los actos propios se utiliza generalmente con una inespecífica, y aún más grosera imprecisión, y esto no solo en el Derecho Administrativo, donde es notorio que su invocación por los autores y la jurisprudencia descarga de ordinario la necesidad de mayores análisis, sino también en el campo, más depurado técnicamente, del Derecho civil. Un autor[3] que recientemente ha estudiado la doctrina de este nombre en el Derecho Privado ha observado como «es inseguro el criterio seguido para la aplicación de dicho principio [de los actos propios]. En lugar de quedar el mismo adscrito a unos supuestos de hecho concretos y detallados, todavía flota en la mayor imprecisión, y con frecuencia se limita a servir de complemento a los argumentos que se esgrimen sobre la base de conceptos diferentes». En este sentido, la utilización del principio de los actos propios es un caso inconfundible, y verdaderamente ejemplar, de la famosa «huida a la cláusula general» que caracterizó clásicamente HEDEMANN como una abdicación de la genuina función discernidora de los juristas.

4. Por de pronto, la doctrina de los actos propios viene siendo confundida sistemáticamente con la doctrina sustantiva de los efectos del consentimiento o de la declaración de voluntad. Es claro, sin embargo, que es esta última doctrina,

y no la primera, la que explica la vinculación de un sujeto a sus actos jurídicos. El que yo no pueda retirarme unilateralmente de un contrato no es una consecuencia de la doctrina de los actos propios, sino, obviamente, una consecuencia —la primera, artículo 1091 del Código Civil— del contrato.

La doctrina de los actos propios no alude a estos problemas de la voluntad negocial, y su criterio fundamental radica justamente en imponer una vinculación sin haber mediado consentimiento negocial. Es, concretamente, una aplicación de la doctrina de la buena fe, y se predica característicamente más bien de conductas que de actos jurídicos, y de actos jurídicos solo cuando no hacen relación inmediata a la situación contemplada en su declaración, quiere decirse, en cuanto son ellos mismos expresión de una conducta, pero sin intentar nunca subrogar la explicación de sus efectos vinculantes directos».

Por otro lado, también nos enseña DÍEZ-PICAZO[4]: «Cuando una de las partes trata de apartarse unilateralmente de un negocio jurídico regular y válidamente celebrado, o cuando trata de desconocer o de dejar de observar la regla de conducta que ella misma se ha impuesto en el negocio, o cuando intenta ejercitar sus derechos o cumplir sus deberes sin respetar las prescripciones negociales, se dice a veces que va contra sus propios actos. Va contra sus propios actos porque contradice lo que ella misma ha declarado. La declaración de voluntad, el negocio jurídico, es su «propio acto» que no puede lícitamente desconocer.

Esta identificación entre la inadmisibilidad del «venire contra factum» y la inadmisibilidad de desligarse de un negocio jurídico, es sumamente frecuente en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia. En nuestra doctrina se ha dicho que son precisamente las declaraciones de voluntad lo que constituyen «actos propios», y que la imposibilidad de ir contra los propios actos consiste en la imposibilidad de contravenir una declaración de voluntad válidamente concretada o realizada. También en nuestra jurisprudencia esta idea goza de gran predicamento. Así, por ejemplo, en la sentencia de 27 de diciembre de 1894 afirmó el TS que el demandante iba contra sus propios actos porque contravino aquello a «lo que expresa y claramente se obligó en una escritura»; en la sentencia de 21 de octubre de 1919 se habló de una vulneración del aforismo, sancionado por la jurisprudencia como regla de derecho, de no ser lícito a nadie ir, ni obrar, contra sus propios actos, porque el representado desconocía lo que en su nombre y válidamente había pactado su representante en una escritura pública; y en el pleito que decidió la sentencia de 9 de febrero de 1949, el inquilino había consentido, mediante una expresa declaración de voluntad, que el arrendador acometiera la realización de una obra, por lo cual, dice el TS, «no puede el demandado oponerse a la realización de la obra que antes había autorizado, sin quebrantar el principio reiteradamente proclamado por esta Sala, de que a nadie es lícito ir contra sus propios actos, cuando son expresión del consentimiento de quienes los ejecutan».

Existe, pues, una amplia tendencia doctrinal y jurisprudencial para la cual, ir contra los propios actos, equivale a infringir o desconocer el contenido preceptivo de un negocio jurídico regular y válidamente celebrado. Esta idea la jurisprudencia la ha reiterado cuando ha dicho insistentemente, que los actos propios han de ser «expresión del consentimiento» de quien los ejecuta, pues parece evidente que la idea de «expresión del consentimiento», no puede entenderse en otro sentido que no sea el de «declaración de voluntad». Además, la misma jurisprudencia ha exigido con insistencia, que estos actos propios sean actos dirigidos a crear, modificar o extinguir derechos. Ahora bien, actos de «expresión del consentimiento» o de «declaración de voluntad», dirigidos a crear, modificar

o extinguir algún derecho, no pueden ser más que negocios jurídicos. La conclusión no puede ser más clara: «venire contra factum» es infringir el contenido preceptivo de un negocio jurídico.

¿Qué juicio nos debe merecer esta tendencia de la doctrina y de la jurisprudencia? Decididamente desfavorable. Para llegar a esta conclusión práctica —que no puede desconocerse lo que válidamente se ha declarado en un negocio jurídico— no era necesaria una especial regla de derecho, ni una especial doctrina jurisprudencial. Como se ha dicho muy agudamente entre nosotros, aunque la doctrina de los actos propios viene siendo confundida sistemáticamente con la doctrina de los efectos del consentimiento o declaración de voluntad es esta última doctrina y no la primera la que explica la vinculación del sujeto a sus actos jurídicos. El que yo no pueda, se añade, retirarme unilateralmente de un contrato no es una consecuencia de la doctrina de los actos propios, sino obviamente una consecuencia, la primera, del contrato (art. 1091 del Código Civil). De la misma manera el que yo no pueda ejercitar mis derechos de una manera distinta de la convenida o en una medida diferente a la que ha sido establecida en el negocio jurídico, tampoco es una consecuencia de la doctrina de los actos propios, sino una consecuencia del valor vinculante de las declaraciones de voluntad».

Conforme con lo anterior, ¿Cómo se hace descansar la irrepetibilidad de lo pagado extraestatutariamente a un administrador si dicha retribución estaba fijada contractualmente por el reclamante en la doctrina de los actos propios? Sinceramente, en nuestra opinión es absolutamente improcedente, ya que supone desconocer por completo la fuerza vinculante del pacto parasocial para el firmante, *ex* artículo 1091 del Código Civil, y por ende obviar el principio de «pacta sunt servanda».

Como ya razonamos en su momento[5], pese a no constar la retribución del administrador ejecutivo en los estatutos de la sociedad, podemos sin embargo afirmar la validez del mismo acuerdo en el ámbito parasocial del mismo, esto es, como contrato de socios[6], puesto que la validez del mismo no debe ser enjuiciada por la contravención de la imperatividad societaria, sino que la misma ha de venir necesariamente enjuiciada desde el principio de autonomía de la voluntad (*ex* art. 1255 del Código Civil) al no vulnerarse ninguna norma imperativa de carácter general.

De esta forma como pacto válido, este es ley entre las partes, en función de lo dispuesto en el artículo 1091 del Código Civil, pero lo que igual de importante, obliga no solo «*…al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*»., como prevé el artículo 1258 del Código Civil. De ahí que el resto de socios no solo se obligaban al reconocimiento de la retribución pactada y luego discutida a favor de los otros socios y administradores, sino que incluso también se obligaban a las consecuencias de dicho pacto, es decir, a adoptar el correspondiente acuerdo societario para haber reflejado en los estatutos de la sociedad dicha retribución y haber cumplido con las prescripciones legales societarias al respecto[7], por ser esta una regla de conducta requerida al menos conforme a la buena fe[8].

Por lo tanto, si bien estamos conforme con la impugnabilidad de los acuerdos sociales que no se ajusten al requisito de fijación estatutaria de conformidad con los parámetros exigidos legal y jurisprudencialmente[9], entendemos que el sustrato de dicha impugnabilidad no conlleva ninguna vulneración de la imperatividad sustantiva — aunque sí tipológica — de ahí que debamos mantener la validez contractual de la retribución de los administradores convenida en un pacto de

socios y su exigibilidad como fuente de derechos y obligaciones, *ex* artículo 1091 del Código Civil, consecuencia del principio «pacta sunt servanda».

Por ello, no podemos pues compartir opiniones que se han mostrado favorables a la aplicación de la doctrina de los actos propios para que no se pueda eludir la exigibilidad de lo convenido en un pacto parasocial. En este sentido, RADOVANOVIC[10] argumenta al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero 2016 *(RJ* 2016, 635) que trató sobre la impugnación de un acuerdo social que contravenía lo acordado en un pacto parasocial. Este autor, se refiere al respecto de la siguiente forma: «La sentencia no entra a valorar si estamos ante un supuesto en el que debe resultar de aplicación o no la prohibición de actuar contra los propios actos, limitándose a denegar en casación la aplicación indebida de dicha doctrina, por cuanto el recurrente yerra al explicar la base fáctica que fue tenida en cuenta por la Audiencia Provincial. Como es bien sabido, el límite de esa doctrina se encuentra en el incumplimiento de la ley. El Tribunal Supremo tal vez podría haber dicho expresamente que la actuación del recurrente supone una vulneración de la prohibición de ir contra los propios actos, pero lo cierto es que no lo dice en ningún momento. Consideramos que de los antecedentes del caso parece desprenderse que la vulneración de esta doctrina podría ser una suerte de argumento añadido, a modo de refuerzo de la calificación de la conducta del recurrente como antijurídica. La identidad del sustrato personal en las esferas societaria y contractual (la omnilateralidad mencionada anteriormente) es también relevante en atención a la doctrina de los actos propios».

Con igual conclusión, igualmente errónea a nuestro juicio, MORALES BARCELÓ[11], opina lo siguiente: «A pesar de todo ello, consideramos que de *lege ferenda,* sería una actuación contraria a los propios actos que todos los socios hayan suscrito un pacto parasocial y que, por tanto, han convenido ciertos acuerdos, adopten una decisión en junta que sea contraria a ese pacto parasocial, puesto que el ámbito subjetivo y objetivo sería el mismo. Por esta razón, se debería admitir la impugnación de los acuerdos sociales que sean contrarios a un pacto parasocial omnilateral».

Asimismo, PÉREZ MORIONES[12], afirma que: «Así, el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe siempre que se ejercita de una forma o en unas circunstancias que lo hacen desleal; principio general del que deriva la inadmisibilidad de la actuación contra los actos propios o "venire contra factum proprium", que impone un deber de proceder lealmente en las relaciones de derecho y, en particular, la exigencia de una coherencia en la conducta que despierta expectativas en los demás. Dado que don Cornelio participó en la celebración de dos pactos parasociales —uno por cada sociedad—, cabía exigirle un comportamiento consecuente con la confianza que previamente había creado, que no era otra que respetar la obligación asumida en los pactos parasociales, y que quebró como consecuencia de la impugnación de acuerdos sociales. En efecto, aquel socio había observado una conducta jurídicamente relevante, como fue la asunción de ciertas obligaciones por su participación en dos pactos parasociales con su padre y su hermano. Sin embargo, posteriormente, el mismo socio —existe, por tanto, identidad de sujetos entre conducta anterior y pretensión posterior— impugnó los acuerdos sociales adoptados en las juntas de las sociedades, alegando que habían sido tomados con el voto favorable de su padre, usufructuario de un paquete de acciones y participaciones. No puede olvidarse que es precisamente en los pactos parasociales en los que habían participado todos ellos en donde el padre se había reservado el usufructo vitalicio de las acciones y participaciones

transmitidas a sus hijos, reconociéndosele el derecho de voto correspondiente a aquellas. Existe, sin duda, una evidente contradicción entre la actuación inicial del demandante que participó en tales pactos y la posterior impugnación de los acuerdos sociales, adoptados en cumplimiento de aquellos. La consideración de que el ordenamiento no puede amparar actuaciones incompatibles o contradictorias con una conducta anterior, mediante la que el demandante había asumido el contenido de los pactos parasociales, conduce a la desestimación del recurso interpuesto, lo que, a su vez, conlleva el cumplimiento de los mencionados pactos, así como el reconocimiento indirecto de su eficacia societaria».

III. LA BUENA FE Y LOS PACTOS PARASOCIALES

Admitiendo el carácter vinculante del pacto parasocial (art. 1091 del Código Civil) y la impugnabilidad del acuerdo social que fije de forma contraria a la Ley la retribución del órgano de administración, ¿actúa de buena fe quien impugna el acuerdo social que no desarrolla eficazmente en el ámbito societario lo convenido en el ámbito contractual?

Pues bien, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2012 dispone que:

«*En conclusión, la sociedad puede ratificar, rectificar, sustituir o revocar* ad nutum *acuerdos anteriores, antes de ser objeto de impugnación, durante la pendencia del proceso de impugnación o concluido el mismo por sentencia definitiva. Otra cosa es la eficacia "ex nunc" o "ex tunc" de los acuerdos de convalidación ya que, como sostiene la sentencia de 17 de marzo de 1997, "la intención de la convocatoria no es en ningún sentido vinculante para el Juzgador a la hora de calificarlos en cuanto a sus efectos"*».

La Audiencia Provincial de Las Palmas, en su auto de fecha 13 de febrero de 2004, o la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, en sentencia de 26 de enero de 2009, entre otras, tienden a admitir que, incluso durante la tramitación del proceso, pueda la sociedad, mediante nueva Junta y por propia iniciativa, rectificar, revocar o sustituir el acuerdo impugnado.

Como afirma la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de julio de 2016 (*BOE* núm. 191 de 9 de agosto):

«*Nuestro sistema admite de forma expresa que las sociedades mercantiles adopten acuerdos que dejen sin efecto los anteriores, mediante la adopción de otros para revocar expresamente los adoptados o mediante la adopción de otros incompatibles. Ello, sin perjuicio de que, como indica la sentencia 32/2006, de 23 de enero, no existe un «derecho al arrepentimiento» con proyección sobre derechos adquiridos por terceros e incluso por socios a raíz del acuerdo revocado, máxime si se tiene en cuenta que la propia evolución del mercado puede convertir en lesivos acuerdos inicialmente beneficiosos que los administradores deberían ejecutar de no ser revocados. (…). En conclusión, la sociedad puede ratificar, rectificar, sustituir o revocar* ad nutum *acuerdos anteriores, antes de ser objeto de impugnación, durante la pendencia del proceso de impugnación o concluido el mismo por sentencia definitiva. Otra cosa es la eficacia "ex nunc" o "ex tunc" de los acuerdos de convalidación ya que, como sostiene la sentencia de 17 de marzo de 1992, "la intención de la convocatoria no es en ningún sentido vinculante para el Juzgador a la hora de calificarlos en cuanto a sus efectos"*».

De esta forma, el vigente artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital, prevé expresamente lo siguiente:

«*2. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación. Si la revocación o sustitución hubiera tenido lugar después de la interposición, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto.*

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor».

Por su parte, el artículo 207 de la Ley de Sociedades de Capital, establece que:

«*1. Para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

2. En el caso de que fuera posible eliminar la causa de impugnación, el juez, a solicitud de la sociedad demandada, otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada».

El nuevo texto del artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital, lo es conforme la redacción otorgada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (*RCL* 2014, 1613), por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital (*RCL* 2010, 1792 y 2400).

La reforma otorga por tanto un tratamiento unitario —a diferencia de lo que ocurría en la regulación vigente hasta ese momento— a los supuestos de revocación o sustitución del acuerdo social, y ello con independencia de que tuvieran lugar antes o después de la presentación de la acción impugnatoria, y ya lo fueran en el seno del proceso o de manera extraprocesal.

Hemos dicho que el firmante del pacto parasocial ha de actuar conforme a lo firmado e incluso le obliga a hacer todo lo necesario para promover la concordancia entre la realidad extraestatutaria que vendría dada por lo convenido en el pacto parasocial con la realidad estatutaria, es decir, aunque debe ser que el firmante del pacto parasocial relativo a la fijación de la retribución de los administradores, *ex* artículo 1258 del Código Civil no pueda estar obligado a estar y pasar por un acuerdo social que vulnere los requisitos establecidos por la Ley de Sociedades de Capital para la fijación estatutaria de la retribución del órgano de administración, tampoco deba estar simple y sencillamente legitimado para escudarse en la impugnabilidad del referido acuerdo social y proceder por tanto a la impugnación de dicho acuerdo social contrario a la Ley de Sociedades de Capital en clara contravención de lo acordado en el pacto parasocial.

En nuestra opinión, una actitud como la descrita supone efectivamente abrigarse en la realidad estatutaria quien previamente lo ha hecho en la realidad extraestatutaria, sin buscar la concordancia, en este caso, posible de ambas[13]. Una actitud como la meritada, evidencia por tanto una actuación que entendemos claramente contraria a las exigencias de la buena fe, ex. artículo 7 del Código Civil[14].

Al hilo de lo anterior, sí que podemos traer a colación las siguientes palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero 2016 *(RJ* 2016, 635):

«*5. El supuesto que es objeto del recurso no consiste en la impugnación de un acuerdo social por ser contrario a un pacto parasocial, como sucedía en las sentencias a que se ha hecho referencia. Se trata, como razona la sentencia recurrida, del supuesto inverso: en la adopción de los acuerdos sociales, se dio cumplimiento al acuerdo parasocial, omnilateral (…).*

9. En esas circunstancias, ha de entenderse que la impugnación formulada por el demandante es efectivamente contraria a la buena fe (art. 7.1 del Código Civil [LEG 1889, 27]) y, como tal, no puede ser estimada.

Infringe las exigencias derivadas de la buena fe la conducta del socio que ha prestado su consentimiento en unos negocios jurídicos, de los que resultó una determinada distribución de las acciones y participaciones sociales, en los que obtuvo ventajas (la adquisición de la nuda propiedad de determinadas acciones y participaciones sociales) y en los que se acordó un determinado régimen para los derechos de voto asociados a esas acciones y participaciones (atribución al usufructuario de las acciones y participaciones sociales transmitidas), cuando impugna los acuerdos sociales aprobados en la junta en que se hizo uso de esos derechos de voto conforme a lo convenido.

Quienes, junto con el demandante, fueron parte este pacto parasocial omnilateral y constituyen el único sustrato personal de las sociedades, podían confiar legítimamente en que la conducta del demandante se ajustara a la reglamentación establecida en el pacto parasocial».

O sea, la contraparte del pacto parasocial del impugnante del acuerdo social podía confiar en que la conducta del mismo no consistiera en dejar fuera de la realidad la retribución de los administradores pactada, por ello, el impugnante del pacto parasocial debería haber visto rechazada su pretensión por manifiestamente contraria a la buena fe, ya que una conducta acorde con la misma, en términos tanto de la buena fe exigida por el artículo 7 del Código Civil, como de la buena fe integradora del pacto parasocial de conformidad con lo previsto en el artículo 1258 del Código Civil[15], tendría que haber pasado no por la impugnación del acuerdo social de fijación de la retribución estatutaria de los administradores, sino por la promoción de un acuerdo social que subsanare las deficiencias de aquel, de conformidad con la posibilidad que le ofrecía los artículos 204.2 y 207 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ÁLFARO ÁGUILA REAL-MESSEGUER. *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas].*

DÍEZ PICAZO. *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Tomo II. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I.* Introducción. Teoría del Contrato. Thomson Civitas, 2007.

— *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Civitas, 2º ed. 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA. La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad. *Revista de la Administración Pública,* 20 (1956).

MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Tomo I. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993.

MORALES BARCELÓ. Pactos parasociales vs estatutos sociales: eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción. *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 42/2014 parte Varia.

PAZ-ARES. El "enforcement" de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica,* Uría & Menéndez, núm. 5. 2003.

— La cuestión de la validez de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica* Uría-Menéndez, Número Extra 2011.

PÉREZ MORIONES. Una vez más sobre la eficacia de los pactos parasociales tras la STS de 25 de febrero de 2016. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* num. 5/2016 parte Comentario.

RADOVANOVIC. La impugnación de acuerdos sociales adoptados en cumplimiento de un pacto parasocial omnilateral y la relevancia de la buena fe. Comentario a la STS (Sala 1. ª) de 25 de febrero de 2016 *(RJ* 2016, 635). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 103.

REDONDO TRIGO. De nuevo sobre la retribución de los administradores. ¿Estatutos o pactos parasociales? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.* Año 2009, núm. 711.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 18 de octubre de 2012
- STS de 18 de junio de 2013 *(RJ* 2013, 4632)
- STS de 25 de febrero 2016 *(RJ* 2016/635)
- STS de 17 de septiembre de 2017 *(RJ* 2017, 4012)
- Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 13 de febrero de 2004
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de enero de 2009
- Resolución de 10 de mayo de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 136 de 6 de junio de 2016)

NOTAS

[1] ÁLFARO ÁGUILA REAL-MESSEGUER. *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas].* 1ª ed., mayo de 2015

[2] GARCÍA DE ENTERRÍA. La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad. *Revista de la Administración Publica,* 20 (1956), 71-72.

[3] Se refiere GARCÍA DE ENTERRÍA a PUIG BRUTAU. *Actos propios,* en *Nueva Enciclopedia Jurídica, II,* 348 y sigs., y *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios.* Barcelona 1951, 97 y sigs.

[4] DÍEZ PICAZO. *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* Civitas, 2º ed. 2014, 216-218.

[5] REDONDO TRIGO. «De nuevo sobre la retribución de los administradores. ¿Estatutos o pactos parasociales?» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.* Año 2009, núm. 711, 522-532.

[6] *Vid.,* PAZ-ARES. El "enforcement" de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica, Uría & Menéndez,* núm. 5. 2003, quien sobre la los criterios de validez del pacto social afirma lo siguiente: «No es objeto de este estudio determinar cuándo ha de considerarse válido o inválido un pacto parasocial. De él nos ocupamos en otro que se halla todavía *in fieri*. No obstante, nuestra principal conclusión es que la validez de los pactos parasociales no puede enjuciarse con el rasero de la imperatividad propia del derecho de sociedades (la que denominamos «imperatividad tipológica»; ha de enjuiciarse única y exclusivamente con el rasero de la imperatividad general del derecho de obligaciones (que denominamos «imperatividad sustantiva»). Esto significa que los pactos parasociales no son inválidos por contravenir normas del tipo societario (por ej., la prohibición de unanimidad o de voto plural); solamente lo son si atentan contra valores sustantivos del entero sistema (por ej., prohibición de pactos leoninos o exigencias de la buena fe)».

En el mismo sentido, PAZ-ARES. La cuestión de la validez de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez,* Número Extra 2011.

[7] Como dice DÍEZ-PICAZO: «…El contrato no se integra por que las partes hayan dejado en él lagunas, ni se integra tampoco a partir de la voluntad presumible de las partes en relación con la ordenación de la laguna. Se trata, de una objetiva ordenación de la relación contractual, introduciendo en ella reglas de conducta independientes en su origen de la voluntad de las partes»; *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato. Thomson Civitas,* 2007, 429.

[8] PAZ-ARES, El "enforcement"…, se refiere sobre el particular al afirmar de forma genérica que: «…Es evidente que ese pacto parasocial les obliga a hacer todo lo necesario para lograr el resultado buscado (art. 1258 del Código Civil)… El ordenamiento no puede amparar a quien en se escuda en su propio incumplimiento. Un caso de la misma progenie lo proporciona la sentencia del TS de 6 de febrero de 1987: un socio nombra para una Junta general a un representante que no reúne las condiciones estatutariamente exigidas y, posteriormente, invoca la infracción de la norma estatutaria para impugnar los acuerdos. El Alto Tribunal rechaza la pretensión por abusiva. En unos y otros supuestos se advierte una contradicción entre los criterios valorativos que utiliza el socio para juzgar a los demás, que no puede ser admitida por el ordenamiento en virtud del principio "tu quoque"».

Vid., igualmente, PAZ-ARES. La cuestión de la validez de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez,* Número Extra 2011.

[9] ALFARO ÁGUILA REAL-MESSEGUER. *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]. 1ª ed., mayo de 2015,* tratan la impugnación de los acuerdos sociales relativos a la retribución de administradores del siguiente modo:

«La fijación ilegal de la remuneración hace impugnables los acuerdos correspondientes. No cabe duda de que una remuneración debe poder impugnarse por la minoría de socios que hubiera votado en contra cuando su fijación estatutaria o su determinación por la Junta pueda considerarse abusiva. Desde antiguo, el Tribunal Supremo ha dicho que no puede tolerarse que los socios mayoritarios absorban "los puestos directivos y de administración para asignarse pingües emolumentos con cargo a los beneficios sociales en proporción desorbitada a su función" (STS de 1 de junio de 1963 Ar. 3509). Y es que, en efecto, la retribución de los administradores es la forma más directa de expropiación de los socios minoritarios por parte de los mayoritarios en sociedades cerradas o de los socios por parte de los administradores en sociedades de capital disperso. Como se explicó al examinar el abuso de la mayoría en el reparto de dividendos, la retribución de los administradores permite a la mayoría —que ocupa los puestos de administración— repartir desigualmente los beneficios sociales reteniendo estos para sí en forma de salarios en lugar de distribuirlos equitativamente en forma de dividendos. El acuerdo de la Junta por el que se fije la retribución de los administradores será impugnable cuando atribuya a los administradores una retribución ilegal o cuando, por desproporcionada, perjudique el interés común de los socios. Los administradores no pueden recibir otras retribuciones al margen de la regulación estatutaria (STS de 30 de diciembre de 1992, Ar 10570 y 26 de marzo de 1996, Ar 2445). No obstante, aunque el cargo de administrador fuera gratuito, si un administrador viene cobrándola pacíficamente durante años (a ciencia y paciencia de la totalidad de los socios), su impugnación posterior no será admisible, según los casos, porque la impugnación sea contraria a la bue-

na fe (doctrina de los actos propios, STS de 18 de abril de 2013) o porque se considere que estamos ante una derogación singular de los estatutos. Si el cargo es gratuito, la gratuidad no se extiende a las prestaciones que el administrador realice a favor de la sociedad y que no formen parte del cumplimiento de sus obligaciones como administrador (i.e., dictámenes como abogado, STS de 28 de septiembre de 2010). Cuestión distinta es que tales pagos puedan impugnarse por responder a una transacción vinculada que deba anularse. La transparencia en la remuneración tiene gran importancia para controlar la conducta de los administradores porque la obtención de ingresos de la empresa en formas distintas a la remuneración publicada y aprobada por la Junta resulta mucho más difícil de controlar (fondos de pensiones; derecho a convertirse en «consultor» de la empresa una vez que abandona el puesto de consejero; préstamos en condiciones mejores que las de mercado y que, a menudo, son condonados; pagos al final de su mandato…) y sus efectos, en términos de desincentivos para los administradores para maximizar el valor de la empresa, muy superiores. Por ejemplo, si un administrador de una empresa más grande puede fijarse un sueldo mayor que el de una empresa más pequeña, los incentivos para «crear imperios» aunque no sea la forma de maximizar la rentabilidad para los accionistas son muy grandes. Será abusiva cuando no guarde proporción con el volumen de negocio de la empresa o con los beneficios obtenidos o con el trabajo efectivamente desarrollado por la persona a la que se designa administrador (SAP Madrid de 5 de abril de 2013); cuando se aumente extraordinariamente sin razones que lo justifiquen o cuando sirva para poner en práctica una política discriminatoria de retribución de los socios (se paga sueldo al socio mayoritario y nada al minoritario SAP Castellón de 15 de mayo de 2008 con apoyo en la STS de 29 de marzo de 2007); cuando se acuerde convertir el cargo de gratuito en remunerado existiendo pérdidas en el negocio (SAP Coruña de 14 de febrero de 2014). Así, se ha considerado abusivo extender la duración del cargo de los administradores y elevar la retribución de estos desde el 2,5% al 33% de los beneficios (STS de 1 de julio de 1963); atribuir al socio presidente del consejo de administración una retribución anual superior a los beneficios de la sociedad (STS de 17 de mayo de 1979; SAP Madrid de 23 de marzo de 1999) o que se extendía a los herederos del consejero delegado (STS de 24 de octubre de 2006); aprobar unas cuentas anuales en que se incluían pagos a determinados consejeros en concepto de nómina y complementos cuando la sociedad no tenía beneficios y estaba en crisis (STS de 2 de marzo de 1984); aprobar unas cuentas sociales que incluían como gastos societarios los gastos personales de los accionistas mayoritarios (STS de 7 de julio de 1990) o que implicaban una retribución a 3 de los cuatro socios que eran los que tenían la condición de cantidades que hacían ridículos los beneficios (SAP Salamanca de 1 de julio de 2001 Westlaw).

Es obvio que la remuneración que reciben los administradores de una sociedad es un gasto deducible para la sociedad. En España tuvimos el famoso caso de las Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2008 que consideró no deducibles los pagos hechos a administradores que no se ajustaban plenamente a las previsiones estatutarias sobre retribución de administradores y otras más recientes que han negado la deducibilidad de los pagos a los administradores si el cargo era gratuito. El Tribunal Supremo de Delaware ha rechazado, en el marco de una acción social de responsabilidad, que un Consejo de Administración haya actuado negligentemente porque pagara un bonus a los ejecutivos a sabiendas de que la Administración Fiscal no iba a aceptar su deducibilidad en el impuesto de sociedades. El Tribunal viene a decir

que «la decisión de sacrificar un ahorro fiscal en aras de una mayor flexibilidad en las decisiones sobre retribución de ejecutivos constituye un típico ejercicio del juicio empresarial» y, por tanto, que la decisión estaba plenamente cubierta por la business judgment rule. Precisamente, para que no acusaran al Consejo de haber actuado negligentemente, el acuerdo recogía expresamente la voluntad del mismo de pagar tal remuneración a sabiendas de que era probable que los pagos no fueran deducibles fiscalmente. Lo que no quiere decir que a los jueces les pareciera bien o que esa forma de actuar representara las «mejores prácticas». Pero, dado que no había conflicto de interés (la remuneración la acordaron los administradores no ejecutivos), el control judicial es muy limitado. De nuevo, dado que la fijación ilegal de la remuneración de los administradores en los estatutos hace a la cláusula estatutaria nula de pleno derecho, no debería quedar sometida al control registral».

[10] RADOVANOVIC. La impugnación de acuerdos sociales adoptados en cumplimiento de un pacto parasocial omnilateral y la relevancia de la buena fe. Comentario a la STS (Sala 1. ª) de 25 de febrero de 2016 *(RJ* 2016, 635). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 103.

[11] MORALES BARCELÓ. Pactos parasociales vs estatutos sociales: eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción. *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 42/2014 parte Varia.

[12] PÉREZ MORIONES. Una vez más sobre la eficacia de los pactos parasociales tras la STS de 25 de febrero de 2016. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* num. 5/2016 parte Comentario.

[13] MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia, Tomo I.* Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993, página 55, explica del siguiente modo la regla del «*tu quoque*»*:* «la regla conocida con las palabras «*tu quoque*» está emparentada con el aforismo «*nemo auditur sua turpitudinens allegans*». Significa la imposibilidad de invocar las reglas jurídicas por el mismo que las despreció. Existe una contradicción, como en la prohibición del *nemo venire contra factum proprium,* pero no consiste tanto en la conducta, como en los criterios valorativos de la misma que utiliza el sujeto que actúa para juzgarse y juzgar a los demás. Un caso significativo en nuestra jurisprudencia es de la STS 6-II-1987 en el que el socio nombra, para la junta de accionistas, un representante que no reúne la condición exigida por los estatutos de ser socio; posteriormente el socio representado invoca la norma estatutaria para demandar la nulidad de los acuerdos. También parece un caso semejante el de quien niega a su socio legitimación para la participación en la sociedad alegando que este le ha transmitido fiduciariamente a él todas sus acciones (STS 24-IX-1987)…».

[14] MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Tomo I. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993, página 46, lleva a cabo la siguiente distinción entre acto contrario a la buena fe y acto ejecutado en abuso de derecho: «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 de las partes, en la que impone un deber de mutua consideración o lealtad recíproca. En el abuso del 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».

[15] DÍEZ PICAZO, *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Tomo II. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993, página 437, aborda así a la buena fe como integradora del contrato: «En su aplicación al régimen de una relación contractual la buena fe constituye un criterio de determinación del alcance de las prestaciones contractuales y de la forma y modalidades del cumplimiento y una fuente de creación de deberes accesorios del deber principal de prestación (p. ej., el vendedor de una empresa tiene ex fide bona el deber contractual de no hacer concurrencia al comprador). La regla de la buena fe se dirige también al acreedor o titular del derecho subjetivo en virtud de la relación contractual, imponiéndole formas y modalidades del acto de ejercicio de su derecho y estableciendo para él determinados límites, más allá de los cuales el acto de ejercicio del derecho se convierte en abusivo y puede ser repelido por el obligado».

3. URBANISMO

El carácter obligatorio de la inscripción del Proyecto de Compensación y la exigibilidad de su cumplimiento a las Juntas de Compensación

The compulsory registration of the Plot Re-division Project and its enforceability to the Compensation Board

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: Frente a la posición mantenida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su reciente sentencia de 20 de junio de 2017 según la cual la regla general del carácter no constitutivo de la inscripción determina que no sea obligación de las Juntas de Compensación procurar la inscripción de los Proyectos de Compensación, resulta preciso destacar la falsa disyuntiva que encierra pues mientras tal carácter no constitutivo se refiere a la existencia del derecho, la obligatoriedad de la inscripción supone una excepción al principio de inscripción voluntaria que es susceptible de concurrir por su previsión legal, por exigencias vinculadas a la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario y por la presencia de razones de interés público que así lo demanden, lo que se da en general en el caso de los instrumentos reparcelatorios y, en particular, en el de los Proyectos de Compensación con la consiguiente consecuencia de extender el deber de las Juntas de Compensación también al de alcanzar su inscripción.

ABSTRACT: Faced with the position maintained by the Superior Court of Justice of Madrid in its recent sentence of June 20, 2017, according to which the general rule of the non-constitutive nature of the registration determines that it is not an obligation of the Compensation Boards to seek the registration of Plot Redivision Projects, it is necessary to highlight the false disjunctive that it contains because while this non-constitutive character refers to the existence of the right, the obligatory nature of the registration supposes an exception to the principle of voluntary registration that may concur because of its construction by the law, for requirements related to the legal certainty of the real estate traffic and the presence of public interest reasons, and it happens so in the case of plot redivision instruments and, in particular, in the case of Compensation Projects, with the consequence of extending the duty of the Compensation Boards also to reach their registration.

PALABRAS CLAVE: Inscripción. Constitutiva. Obligatoria. Voluntaria. Junta de compensación. Proyecto de reparcelación.

KEY WORDS: Registration. Constitutive. Compulsory. Voluntary. Compensation board. Plot Re-division Project.

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN INICIAL.—II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 20 DE JUNIO DE 2017: 1. Los términos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de junio de 2017. 2. Consideración final.—III. LA COMPATIBILIDAD DEL CARÁCTER NO CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN CON SU OBLIGATORIEDAD.—IV. SOBRE EL CARÁCTER OBLIGATORIO DE LA INSCRIPCIÓN DEL PROYECTO DE EQUIDISTRIBUCIÓN: 1. Breve referencia a la coordinación de la acción urbanística con el Registro de la Propiedad. 2. El carácter obligatorio de la inscripción del Proyecto de Reparcelación.—V. LA POSICIÓN DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN ANTE LA INSCRIPCIÓN DEL PROYECTO DE REPARCELACIÓN.

I. CONSIDERACIÓN INICIAL

Es en el desarrollo de la fase de gestión del planeamiento urbanístico, cuando en ella participa activamente la iniciativa privada, en la que más claramente cabe apreciar la estrecha conexión existente entre la acción administrativa y el derecho de propiedad al responder justamente la técnica urbanística ideada por el legislador a la necesidad de adaptación de la estructura de la propiedad al modelo de ordenación llamado a ser ejecutado.

Los distintos sistemas de ejecución y las técnicas equivalentes previstas por el legislador autonómico a fin de procurar la citada adaptación son así el campo característico en el que la estructura de la propiedad entra en juego con todas sus consecuencias, diferenciándose así de la fase previa de planeamiento en la que tal estructura tan solo debería ser una referencia sin relieve sobre el modelo de ordenación elegido.

A su vez, en ese campo de juego configurado por el conjunto de actos propios de la fase de ejecución del planeamiento cuya consideración como función pública ha sido destacada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1989, *RJ* 1989, 7478), uno de los papeles protagonistas es el que corresponde a las Juntas de Compensación cuando se actúa a través del sistema de compensación, entidades urbanísticas que, conforme a su naturaleza administrativa y a su cometido general consistente en la realización de las operaciones de urbanización y equidistribución, están llamadas a efectuar también una serie de actuaciones conexas para el buen fin del cumplimiento íntegro de los deberes que, en términos básicamente coincidentes, les vienen impuestos desde aquellas leyes autonómicas en las que se contiene su regulación.

Pues bien, la cuestión objeto del presente comentario se contrae a definir si entre el conjunto de los deberes a los que ha de hacer frente una Junta de Compensación se encuentra el consistente en promover la inscripción del proyecto reparcelatorio, cuestión que, a la vista de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de junio de 2017 *(JUR* 2017, 207343) y la en ella citada del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1993 *(RJ* 1993, 7165), requiere poner de manifiesto la distinción existente[1] entre inscripción obligatoria como excepción al principio de inscripción voluntaria considerada dentro de los requisitos de la inscripción y el carácter constitutivo de la inscripción como uno de los efectos de

la inscripción, que es donde indebidamente, según se entiende, las dos sentencias indicadas sitúan el debate de fondo.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 20 DE JUNIO DE 2017

1. Los términos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de junio de 2017

Por lo que aquí interesa, la sentencia comentada se ocupa de la falta de inscripción en el Registro de la Propiedad de un Proyecto de Compensación y su consideración como incumplimiento imputado a una Junta de Compensación por parte del Ayuntamiento de Paracuellos del Jarama bajo cuya tutela actuaba, a lo que se añade, a su vez, la falta de abono a uno de los propietarios del ámbito de la compensación económica por diferencias de adjudicación, todo lo cual derivó en la aprobación del cambio de sistema de ejecución de compensación a ejecución forzosa.

Se parte así de una resolución municipal según la cual la Junta de Compensación no habría cumplido todos los deberes de gestión urbanística «*por cuanto que no ha inscrito el Proyecto de Compensación en el Registro de la Propiedad, y no ha hecho efectiva la equidistribución de beneficios y cargas entre los propietarios, por cuanto que implica que se garantice las compensaciones económicas a aquellos propietarios con defectos de aprovechamiento en los términos establecidos en el propio Proyecto aprobado por la Administración, …*».

La resolución rechaza la calificación de los incumplimientos imputados a la Junta de Compensación como infracciones por tratarse, más bien, de «*deberes (…) que no caducan o prescriben mientras (…) no haya sido liquidada y disuelta y que resultan exigibles por la Administración*», añadiendo que «*la función pública de urbanizar que por delegación en el sistema de compensación asume la propia Junta de Compensación, incluye no solo la transformación física o material de los terrenos (ejecución material y recepción de la misma) sino también la transformación jurídica de los mismos a través del proyecto de compensación y su inscripción en el Registro de la Propiedad, todo ello además, en régimen de equidistribución de beneficios y cargas, y si no se culmina la transformación jurídica, ni la equidistribución, es obvio que la actuación urbanística no se ha culminado*».

Sostiene igualmente la Administración demandada, como justificación de su decisión de cambiar el sistema de ejecución, que «*el perjuicio ocasionado al interés general y de otros propietarios*» se debe a «*no haber inscrito hasta la fecha del Proyecto de (sic) Cooperación en el Registro de la Propiedad*».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, después de reproducir los artículos 113.1, 114 y 174 del Reglamento de Gestión Urbanística, sitúa el debate en relación con «*el carácter constitutivo o no de la inscripción registral del Proyecto de Compensación del que aquí se trata*», a cuyo fin se da cuenta de la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1993 de la que se reproduce el siguiente texto:

> «*(…) la parte recurrente estima infringidos los artículos 174.4 ° y 114 del Reglamento de Gestión Urbanística aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, preceptos según los cuales la aprobación definitiva del proyecto de compensación se inscribirá en el Registro de*

> *la Propiedad (…). La inscripción en el Registro de la Propiedad de los acuerdos de aprobación de los proyectos de compensación y de las reparcelaciones correspondientes no tiene carácter constitutivo, esto es, no es requisito necesario para que dichos acuerdos sean válidos y produzcan la eficacia ejecutiva propia de los actos administrativos, en los términos establecidos por el Ordenamiento jurídico».*

Con base en la anterior sentencia del Tribunal Supremo, continúa diciendo el Tribunal Superior de Justicia de Madrid lo siguiente en su sentencia de 20 de junio de 2017:

> *«Esta declarada falta de carácter constitutivo de la inscripción del Proyecto de Compensación en el Registro de la Propiedad no debía, desde luego, resultar extraña a la Entidad Local apelada teniendo en cuenta que si el Proyecto de Compensación debe contener no solo la obligación de ejecutar la urbanización sino también de realizar las cesiones obligatorias y de equidistribuir los beneficios y cargas entre los propietarios del sector, fue el propio Ayuntamiento el que razonó en la resolución recurrida en la instancia que, conforme a los preceptos legales que cita «… no se requiere la inscripción registral para la subrogación en el cumplimiento de los derechos y deberes urbanísticos establecidos legalmente. (…) Por tanto, no es necesaria la inscripción registral para que se produzca la subrogación automática en el cumplimiento de las obligaciones legales».*
>
> *Siendo así lo anterior, la falta de inscripción en el Registro de la Propiedad del Proyecto de Compensación por parte de la Junta de Compensación apelante —inscripción que, conforme a lo declarado por el Tribunal Supremo, carece de efectos constitutivos— no puede considerarse como un incumplimiento sustancial de sus obligaciones por parte de la Junta de Compensación de modo que pudiera ahora calificarse por esta Sala —tras largos años de funcionamiento de la Junta y de cumplimiento de los demás deberes urbanísticos tras la aprobación del Proyecto de Compensación en el año 1991, con recepción definitiva, incluso, de las obras de urbanización desde el año 2002 sin objeción alguna por el Ayuntamiento— como relevante la falta de cumplimentación de una sola carga que, por lo demás, no ha impedido en modo alguno la completa ejecución urbanística del ámbito e, incluso, la inscripción de las nuevas titularidades en el Registro de la Propiedad.*
>
> *Al no haberlo examinado y concluido así la Sentencia de instancia, limitándose a afirmar apodícticamente que el incumplimiento imputado era suficiente para, junto con el que a continuación examinaremos, dar lugar al cambio de sistema de actuación, la misma habrá de ser revocada en cuanto a este concreto pronunciamiento».*

2. Consideración final

Conforme a lo anterior, mientras por la recurrente se sitúa el debate en el carácter obligatorio o no de la inscripción en el Registro de la Propiedad del Proyecto de Compensación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima el recurso de apelación sobre la base del carácter no constitutivo de la inscripción, lo que así realiza apoyándose en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de oc-

tubre de 1993 según la cual la inscripción en el Registro de la Propiedad de los instrumentos reparcelatorios carece de carácter constitutivo.

Ante ello, siendo claro que la regla general es la de la inscripción no constitutiva y, por tanto, la excepción el carácter constitutivo de la inscripción[2], se hace necesario diferenciar tal efecto de su carácter eventualmente obligatorio como excepción a la voluntariedad de la inscripción, lo que obliga a replantear el debate suscitado por la recurrente desde su posible admisión en términos generales y, en particular, en el orden de la reparcelación.

III. LA COMPATIBILIDAD DEL CARÁCTER NO CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN CON SU OBLIGATORIEDAD

La confusión en la que incurre la sentencia comentada al extraer del carácter no constitutivo de la inscripción la inexistencia de incumplimiento alguno de la Junta de Compensación por no haber promovido la inscripción del Proyecto de Compensación impone distinguir ambas condiciones pues, como ocurre en el caso de los instrumentos reparcelatorios, el carácter no constitutivo de la inscripción no está reñido con la obligación de su inscripción.

A estos efectos, en primer término, dado que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid invoca, en sustento de su pronunciamiento, lo dicho por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de octubre de 1993 *(RJ* 1993, 7165), no está de más advertir sobre el debate que se sustanció en este último procedimiento en el que, en efecto, de lo que se trataba era de responder a la consideración como inválida de un acta de ocupación levantada en un procedimiento expropiatorio seguido frente a un propietario no adherido a una Junta de Compensación por la falta de inscripción previa en el Registro de la Propiedad de la aprobación definitiva de un Proyecto de Reparcelación, lo que revela que también por el Tribunal Supremo, al situar la respuesta en el terreno del carácter constitutivo o no de la inscripción, se introdujera un argumento que, siendo cierto en su sentido último, para el caso tratado fuera sin embargo forzado desde el momento en que tal procedimiento expropiatorio necesariamente había de proyectarse sobre suelos de origen[3].

En todo caso, la inscripción constitutiva tiene lugar cuando se trata de un requisito o elemento necesario para la existencia del derecho, de tal manera que sin ella el derecho no llega a nacer[4] pues en tal caso la inscripción se configura como requisito no solo de eficacia sino también de validez[5], diferenciándose de la meramente declarativa que es la regla general y que se caracteriza por dar publicidad de la existencia de un determinado derecho real previamente formado antes de la inscripción en el Registro[6], existencia que opera respecto de terceros[7].

Frente a la inscripción constitutiva, la obligatoria «*es un "deber" impuesto por un determinado precepto (una obligación legal) cuyo incumplimiento no determina la inexistencia ni la ineficacia del acto, sino otra consecuencia derivada del incumplimiento de la obligación*»[8].

Es en razón de ello por lo que «*procede diferenciar claramente los conceptos de "inscripción constitutiva" (supuesto de excepción dentro del principio de inscripción en nuestro sistema) y de «inscripción obligatoria» (supuesto de excepción dentro del principio de voluntariedad de la inscripción), que no pueden ser confundidos. La inscripción constitutiva, cuando se dé el caso previsto por la Ley como tal inscripción constitutiva, no representa una "obligación o deber legal" cuyo incumplimiento determina una sanción, sino un "requisito de existencia del derecho", que nada tiene que ver con el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones*».

Por lo demás, las excepciones al principio de voluntariedad de la inscripción tienen su justificación por la singularidad del supuesto dada «*la presencia de intereses públicos superiores que hacen necesario pasar de la inscripción como «carga» a la inscripción como «obligación»*[9], lo que plantea si tal condición concurre en cuanto la inscripción tenga lugar en relación con los instrumentos de equidistribución.

IV. SOBRE EL CARÁCTER OBLIGATORIO DE LA INSCRIPCIÓN DEL PROYECTO DE EQUIDISTRIBUCIÓN

1. Breve referencia a la coordinación de la acción urbanística con el Registro de la Propiedad

La cuestión sobre el carácter obligatorio de la inscripción de los instrumentos de equidistribución en el Registro de la Propiedad y de la posición que a tal efecto corresponde en particular a las Juntas de Compensación cuando el sistema elegido fuera el de compensación no puede ser afrontada sin atender previamente a la constante voluntad del legislador a fin de garantizar una «*adecuada coordinación entre el Registro de la Propiedad y la acción administrativa urbanística*»[10].

En este sentido, ya en el año 1975, bajo la vigencia entonces de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 2 de mayo de 1975 y desde el reconocimiento del Registro de la Propiedad como institución creada en el siglo XIX para dar certeza y publicidad a las relaciones jurídicas sobre bienes inmuebles a fin de fomentar el crédito territorial y acabar con la práctica de las cargas ocultas, se manifestó[11] la aparición en el desarrollo del país de nuevas necesidades sociales que obligaban a plantearse las soluciones correspondientes, necesidades entre las cuales figuraba «*la dimanante de los fenómenos urbanísticos, que, por sí mismos, recaen sobre bienes inmuebles y a los cuales los sistemas de publicidad inmobiliaria tienen que responder*», cuestión que hoy, como ya entonces, cuando atañe a los actos de ejecución del planeamiento, «*es, en gran medida, un problema jurídico*». En igual sentido se ha apelado a la publicidad inmobiliaria como mecanismo para alcanzar la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario[12].

2. El carácter obligatorio de la inscripción del Proyecto de Reparcelación.

Con motivo de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2000 *(RJ* 2000, 9989), se destacó[13] cómo el legislador, ya desde la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, efectuó una paulatina aproximación de la legislación estrictamente urbanística al orden registral, lo que culminó con el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprobaron 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.

Así, mientras la primera Ley de 12 de mayo de 1956 se manifestaba en un sentido potestativo al decir su artículo 209.1 que «*los actos administrativos que se produjeren en el ejercicio de las funciones reguladas en la presente Ley podrán ser anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria (…)*», en el Reglamento de Reparcelaciones de 7 de abril de 1966 se previó que, una vez aprobado inicialmente el Proyecto de Reparcelación, el organismo actuante había de recabar de oficio o a instancia de

parte certificación de titularidad y cargas de las fincas afectadas mientras que el registrador, al expedirla, había de extender la nota marginal que a efectos expropiatorios regula el artículo 32, regla primera, del Reglamento Hipotecario.

Sucesivamente, las distintas normas que fueron apareciendo, desde la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 (art. 129.1) hasta el vigente 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, reflejaron de modo continuo la conexión aquí tratada, esta última incluso manteniendo un marcado carácter imperativo ya recogido en el artículo 169 de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 al decir en su artículo 23.6, en relación con los instrumentos reparcelatorios, que «*una vez firme en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de la distribución de beneficios y cargas, se procederá a su inscripción en el Registro de la Propiedad*». De un lado así lo ha hecho, en efecto, cuando el artículo 68.1, también en relación con los instrumentos de equidistribución, señala que «*La iniciación del expediente de distribución de beneficios y cargas que corresponda o la afección de los terrenos comprendidos en una actuación de transformación urbanística al cumplimiento de las obligaciones inherentes a la forma de gestión que proceda, se harán constar en el Registro por nota al margen de la última inscripción de dominio de las fincas correspondientes*»; de otro, cuando en el apartado 6 del anterior artículo 26, también con un inequívoco carácter imperativo, se reproducen de nuevo las mismas palabras recogidas en el referido artículo 169 de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992[14].

Sobre el carácter de la inscripción del Proyecto de Reparcelación a la que la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha referido como obligatoria en su resolución de 6 de julio de 2015, se ha pronunciado la doctrina de conformidad con las siguientes consideraciones:

a) Los efectos jurídicos propios del Proyecto de Reparcelación, si bien es cierto que se producen en el ámbito administrativo con motivo de su aprobación e incluso en el de la atribución del dominio y otros derechos reales, en caso de que no fuera objeto de inscripción ello se traduciría en «*una total inoperancia, puesto que el tráfico posterior sobre los inmuebles destinados a la edificación es prácticamente imposible*»[15].
b) En razón de lo anterior es por lo que se ha llegado a manifestar no solo que el legislador considera obligatoria la inscripción aunque fuera «*de forma tácita*»[16], sino, es más, que en determinados aspectos, como ocurre por ejemplo con la afección de las fincas de resultado al pago de los gastos de urbanización y los demás del Proyecto, la inscripción es incluso constitutiva.
c) Igualmente, el aludido carácter obligatorio no se contrapone, como resulta de la sentencia comentada del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con el carácter no constitutivo de la inscripción, de tal modo que aquel resulta perfectamente compatible con que «*la inscripción de los expedientes de equidistribución debe considerarse dentro de la categoría de las declarativas, en la medida en que las mutaciones reales se originan fuera del Registro y en virtud del acuerdo de aprobación definitiva del proyecto (…)*»[17].

Por otro lado, si bien en alguna ocasión no se ha considerado[18] expresamente la inscripción de los proyectos reparcelatorios como un supuesto de inscripción obligatoria, al referirla a los casos de inscripción de concentración parcelaria, de montes catalogados de utilidad pública, de bienes del Estado y de Entidades Locales, y, en fin, del título previo solicitada por el titular de un derecho real o de

una pretensión de anotación preventiva que lo requiere previamente para inscribir o anotar, de los propios argumentos esgrimidos para sostener la obligatoriedad de la inscripción en alguno de los anteriores supuestos cabe deducir el fundamento de la extensión también de idéntica conclusión al caso de los referidos proyectos reparcelatorios, ello más allá de las referencias legales apuntadas.

Así, en efecto, en el caso de la concentración parcelaria se apela al carácter obligatorio de la inscripción de las fincas de reemplazo por razones de interés público ligadas a la necesaria reordenación de la propiedad y en el caso de la inscripción de los bienes de las Entidades Locales tal carácter resulta de lo dispuesto en los artículos 85 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, y 36 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

En este sentido, si bien en el orden de la equidistribución es cierto que, frente al caso de la concentración parcelaria, no se está en presencia de ámbitos en los que una de sus notas características sería la desinscripción, no puede negarse la concurrencia de razones de primer orden para justificar el carácter obligatorio de su inscripción, fundamentalmente vinculadas con la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario más allá de que también la presencia de relevantes razones de interés público lleven a la misma posición.

A estos últimos efectos, los mismos argumentos en que se fundamenta el carácter obligatorio de la inscripción de los bienes de las Entidades Locales son igualmente válidos en relación con los proyectos reparcelatorios pues la titularidad municipal de bienes tanto demaniales como patrimoniales sobre la nueva estructura parcelaria a que han de dar lugar queda garantizada de antemano en virtud del cumplimiento de los deberes legales referidos a la promoción de las actuaciones de transformación urbanística a que se refiere el artículo 18 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 ocurre tanto por la obligada cesión de suelo en el que localizar el aprovechamiento urbanístico que por ministerio de la Ley corresponde a la Administración como por la obligada cesión de suelo destinado a redes públicas.

Lo mismo cabe decir, en fin, conforme al artículo 36.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas igualmente aplicable a las Entidades Locales (art. 2.2), el cual dispone que «*Las Administraciones públicas deben inscribir en los correspondientes Registros los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos Registros (…)*».

Por lo demás, cuando resulta que ordinariamente los suelos aportados a procesos reparcelatorios correspondientes a actuaciones de transformación urbanística es lo cierto que figuran mayoritariamente inscritos en el Registro de la Propiedad por exigencias impuestas por la necesaria seguridad jurídica que demanda el tráfico jurídico inmobiliario, además de que la obligatoriedad de la inscripción de la equidistribución ya aprobada es condición necesaria para garantizar el mantenimiento de tal principio, también es requerida desde una concepción amplia de aplicación de la subrogación real al permitir que la permanencia del régimen jurídico recayente sobre los suelos aportados se mantenga en toda su extensión, también por ello en el orden registral, mediante la inscripción de las fincas de resultado. Piénsese, en este sentido, en la anomalía que constituiría la aceptación pacífica de que estando inscritos los suelos aportados en un proceso

reparcelatorio no hubieran de estarlo las fincas de resultado al admitirse que quedaran extramuros del Registro de la Propiedad en razón de una aplicación rígida del principio de voluntariedad de la inscripción que, en cuanto tal, no solo avalara a tal fin la decisión de las Juntas de Compensación sino que además bloqueara la posibilidad de que desde la Administración actuante se pudiera efectuar una fiscalización de su acción con vistas a garantizar su inscripción.

V. LA POSICIÓN DE LA JUNTA DE COMPENSACIÓN ANTE LA INSCRIPCIÓN DEL PROYECTO DE REPARCELACIÓN

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1989 *(RJ* 1989, 7478), la Junta de Compensación constituye un supuesto de autoadministración en virtud del cual son los propios interesados que la componen los que desarrollan la función pública de la ejecución del planeamiento por razón de una delegación que hace de ella un agente descentralizado de la Administración, lo que, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1987 *(RJ* 1987, 8683), determina su naturaleza administrativa y que tenga personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

La naturaleza jurídico-pública de las Juntas de Compensación ha sido igualmente destacada por la doctrina[19] al entender que su fundamento es esencialmente de carácter público en cuanto tienen por objeto la gestión y ejecución de una función pública «*de interés para toda la comunidad*» como es la urbanización de una determinada unidad de ejecución, lo que determina su consiguiente responsabilidad frente a la Administración bajo cuya tutela, fiscalización y control actúa. A través de ella se atribuye a los propietarios interesados la gestión de una función pública como es la ejecución del planeamiento en el aludido régimen de autoadministración y sin perjuicio de las facultades de control de la Administración que en todo caso retiene la titularidad de tal función y sus correspondientes potestades.

La cuestión, sin embargo, es que no toda actuación de las Juntas de Compensación permite reconocer tal consideración sino solo aquella que se produce cuando actúan en lugar de la Administración Púbica, «*esto es, cuando realizan por encargo de esta las funciones que en el proceso de ejecución del planeamiento corresponden, según la Ley, a la propia Administración*», de tal modo que en todo lo demás «*las Juntas actúan como entidades privadas que se limitan a gestionar los intereses privados de sus miembros*»[20]. Así se pone de manifiesto también en la referida sentencia de 20 de octubre de 1989 *(RJ* 1989, 7478), cuando reconoce que no toda actuación de la Junta de Compensación está sometida al Derecho Administrativo ya que «*en la medida en que (…) gestiona intereses propios de sus miembros, sin ejercicio directo de funciones públicas, está sujeto al Derecho privado. De ello deriva pues que al contratar —ejecución de obras, préstamos, venta de terrenos etc.— no ha de someterse a las formalidades propias del Derecho Administrativo, pues todo ello tiene un carácter instrumental respecto de la finalidad última de la ejecución del planeamiento sin implicar el ejercicio de funciones públicas*».

Pues bien, llegados a este punto, si, como ha quedado ya dicho, la inscripción de los instrumentos reparcelatorios aun no siendo constitutiva no por ello deja de ser obligada, de lo que se trata en último término es de pronunciarse sobre la posible exigencia de su cumplimiento a la Junta de Compensación en cuanto haya de ser ella la que solicite su práctica una vez quede debidamente confeccionado el título inscribible mediante la expedición de la certificación administrativa

acreditativa de su aprobación definitiva observando las circunstancias a que se refiere el artículo 7 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

A estos efectos, al ser obligatoria la inscripción de los Proyectos de Compensación no parece correcto que la Junta de Compensación pueda desentenderse de ella pretendiendo que las actuaciones propias de la equidistribución quedaran resueltas con su aprobación por parte de la Administración cuando con ella quedan comprometidos tanto los derechos de los propietarios que la integran como los intereses de la propia Administración autora del acto ante el inequívoco deber legal de que sus fincas de resultado deban inscribirse en el Registro de la Propiedad.

CONCLUSIONES

I. Aun cuando el carácter no constitutivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad es la regla general, apelar, como hace la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de junio de 2017, a su aplicación para sostener la inexistencia de obligación por parte de las Juntas de Compensación de instar la inscripción de los Proyectos de Compensación supone incurrir en la confusión de contraponer una y otra condición.

II. Frente a ello, el hecho de estar en presencia de una inscripción constitutiva no se traduce necesariamente en tal caso en que la inscripción sea obligada por tratarse, más bien, de un requisito de existencia del derecho, siendo la obligación de la inscripción una excepción al principio de inscripción voluntaria justificada por su previsión legal, por exigencias vinculadas a la seguridad jurídica del trafico inmobiliario y por la presencia de razones de interés público que así lo demanden.

III. Descartado por lo tanto que el debate haya de resolverse en razón del carácter constitutivo o no de la inscripción, en el caso concreto de la inscripción de los instrumentos reparcelatorios de los que forman parte los Proyectos de Compensación se considera que la presencia de las razones esgrimidas justifican su consideración como obligada y, en consecuencia, como uno de los supuestos de excepción al principio hipotecario de inscripción voluntaria.

IV. Por fin, al ser la inscripción de los Proyectos de Compensación obligada e imputable a las Juntas de Compensación el deber de culminar no solo el proceso de ejecución material del planeamiento sino también el de su ejecución jurídica mediante la realización de las operaciones precisas en materia de equidistribución, necesariamente ha de concluirse que también el de solicitar dicha inscripción forma parte del conjunto de sus deberes tanto por razón de sus relaciones *ad intra* respecto de los propietarios que la integran como *ad extra* por motivo de los intereses públicos involucrados por la obligada inscripción de los bienes demaniales y patrimoniales que han de ser adjudicados a la Administración municipal.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 21 de octubre de 1987
- STS de 9 de octubre de 1993
- STS de 24 de noviembre de 2000
- STSJM de 20 de junio de 2017
- RDGRN de 6 de julio de 2015

BIBLIOGRAFÍA

ABEJÓN, J., Inscripción obligatoria, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 105, año 1933, 659 a 665;

ARNAIZ EGUREN, R., *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, 332, y 367 a 369.

— *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Marcial Pons y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999, 57.

— *El hecho urbanístico y su tratamiento en el derecho positivo*, Ed. Civitas, Thomson Reuters, 106.

DÍEZ PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Ed. Tecnos, 1978, 240.

FERNÁNDEZ, T. R., *Manual de Derecho Urbanístico,* Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, S.A., Madrid 1984. 154 a 158.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico,* Tomo II, Ed. Civitas, S.A., 1981, 67 a 71.

GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Tomo I, Ed. Civitas, S.A., 1988, 566 y 567.

— *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Tomo III.- *Calificación, tracto, especialidad y otros principios*, 219 a 250, Ed. Civitas, S.A., 2002, 219 a 250.

— La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, año 1994, 2239 a 2309.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., La inscripción constitutiva de la hipoteca, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, año 2010, 2839, 2993.

LANZAS MARTÍN, E.P., El requisito de firmeza de los actos administrativos de naturaleza urbanística, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 762, 2092 a 2106.

LASO BAEZA, V., Titularidad registral y extrarregistral en los procedimientos reparcelatorios. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2000, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 186, año 2001, 61 a 85.

— La situación de los propietarios no adheridos a una Junta de Compensación respecto a la confección e inscripción de un Proyecto de Compensación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 684, año 2004, 2005 a 2016.

LASO MARTÍNEZ, J. L., Dictamen sobre el contenido de un proyecto de compensación respecto de los propietarios no adheridos a la Junta. Inscripción en el Registro, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 573, año 1986, 395 a 424.

— Algunos aspectos registrales de la acción administrativa en general y de los actos de reparcelación en particular, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 510, año 1975, 1053 a 1087.

LÓPEZ MEDEL, J. *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público,* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1991, 191 a 198.

MARTÍN BLANCO, J. S., *La compensación urbanística, principio y sistema,* Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid e Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1985, 217 a 222.

OLIETE, F., La inscripción obligatoria, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 7, año 1925, 492.

PAU PADRÓN, A., Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, año 1994, 2197.

POZO CARRASCOSA, P. del, *El sistema de compensación urbanística,* Ed. Marcial Pons, 1993, 44 a 52.

PRETEL SERRANO, J. J., La nota marginal de la situación urbanística de las fincas en la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, publicado en el libro colectivo *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Centro de Estudios Registrales, 1991, 51.

ROCA SASTRE, R. M. *Derecho Hipotecario,* Tomo I, Bosch, Casa Editorial, Quinta Edición, 1954, 147 a 160.

NOTAS

[1] Sobre la distinción señalada en el texto, ver GARCÍA GARCÍA, J. M., en *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Tomo III.- *Calificación, tracto, especialidad y otros principios*, 219 a 250, Ed. Civitas, S.A., 2002.

[2] GARCÍA GARCÍA, J. M., en *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Tomo I, 566 y 567, Ed. Civitas, S.A., 1988, se refiere, como casos de inscripción constitutiva, a la hipoteca y al derecho de superficie. PAU PADRÓN, A., en Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, año 1994, 2197, se refiere también al supuesto de la doble venta en el que «*la propiedad corresponde al primer comprador que inscribe en el Registro (primer criterio preferencial del artículo 1.473)*».

[3] Sobre esta cuestión, LASO BAEZA, V., La situación de los propietarios no adheridos a una Junta de Compensación respecto a la confección e inscripción de un Proyecto de Compensación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 684, año 2004, 2005 a 2016, así como LASO MARTÍNEZ, J. L., Dictamen sobre el contenido de un proyecto de compensación respecto de los propietarios no adheridos a la Junta. Inscripción en el Registro, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 573, año 1986, 395 a 424, y ARNAIZ EGUREN, R., *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, 367 a 369.

[4] ROCA SASTRE, R. M. *Derecho Hipotecario*, Tomo I, Bosch, Casa Editorial, Quinta Edición, 1954, 147 a 160.

[5] GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Tomo III…, 221, Ed. Civitas, S.A., 2002.

[6] GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., La inscripción constitutiva de la hipoteca, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, año 2010, 2839 2993.

[7] PAU PADRÓN, A., Efectos de la inscripción…, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, año 1994, 2187 a 2212.

[8] Seguimos también en este punto a GARCÍA GARCÍA, J. M., en *Derecho inmobiliario…*, Tomo I, Ed. Civitas, S.A., 1988, 567. Igualmente, de la inscripción obligatoria se ocupan LÓPEZ MEDEL, J. *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1991, 191 a 198; ABEJÓN, J., Inscripción obligatoria, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 105, año 1933, 659 a 665; OLIETE, F., La inscripción obligatoria, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 7, año 1925, 492.

[9] GARCÍA GARCÍA, J. M., en *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Tomo III…, 228, Ed. Civitas, S.A., 2002.

[10] PRETEL SERRANO, J. J., La nota marginal de la situación urbanística de las fincas en la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, publicado en el libro colectivo *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Centro de Estudios Registrales, 1991, 51.

[11] LASO MARTÍNEZ, J. L., Algunos aspectos registrales de la acción administrativa en general y de los actos de reparcelación en particular, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 510, año 1975, 1053 a 1087.

[12] DÍEZ.PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Ed. Tecnos, 1978, 240, quien señala: «*el desarrollo de la circulación de la riqueza y el fomento del crédito territorial, que son objetivos*

de índole económica deseables en una sociedad bien organizada, están precisamente en función de la seguridad jurídica del tráfico (…). Toda la evolución histórica de la publicidad inmobiliaria es una lucha por alcanzar la seguridad del tráfico y por superar el secreto o el carácter privado de los actos y negocios relativos a bienes inmuebles hasta alcanzar una publicidad legitimadora o constitutiva». En igual sentido, GARCÍA GARCÍA, J. M., La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, año 1994, 2239 a 2309. Este último autor, en *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Tomo III…, 223, Ed. Civitas, S.A., 2002, destaca que «*la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, la de los derechos y la del crédito, es la razón fundamental que inclina al legislador a establecer los efectos de la inscripción o de la publicidad registral como una carga para los particulares, pues en otro caso, se generalizaría la clandestinidad inmobiliaria con perjudiciales efectos de carácter jurídico y económico para los terceros, para la economía, para el tráfico y para el crédito, que repercutirían gravemente en la seguridad jurídica del derecho subjetivo mismo y de los propios negocios jurídicos en general*».

[13] LASO BAEZA, V., Titularidad registral y extrarregistral en los procedimientos reparcelatorios. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2000, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 186, año 2001, 61 a 85.

[14] LANZAS MARTÍN, E.P., El requisito de firmeza de los actos administrativos de naturaleza urbanística, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 762, 2092 a 2106.

[15] EGUREN, R., *La inscripción registral de actos urbanísticos*, Marcial Pons y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999, 57.

[16] ARNÁIZ EGUREN, R., *El hecho urbanístico y su tratamiento en el derecho positivo*, Ed. Civitas, Thomson Reuters, 106.

[17] ARNÁIZ EGUREN, R., *Registro de la Propiedad*…, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, 332.

[18] GARCÍA GARCÍA, J. M., en *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Tomo III…, 228 a 250, Ed. Civitas, S.A., 2002.

[19] DEL POZO CARRASCOSA, P., El sistema de compensación urbanística, Ed. Marcial Pons, 1993, 44 a 52, y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L., Lecciones de Derecho Urbanístico, Tomo II, Ed. Civitas, S.A., 1981, 67 a 71. Por su parte, MARTÍN BLANCO, José S., en La compensación urbanística, principio y sistema, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid e Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1985, 217 a 222, califica a las Juntas de Compensación como «*persona jurídica urbanística*».

[20] FERNÁNDEZ, T. R., *Manual de Derecho Urbanístico,* Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, S.A., Madrid 1984. 154 a 158.

4. DERECHO BANCARIO

A vueltas con el artículo 90.1º.6 concursal. El enredo prendario del legislador

A laps with the article 90.1º.6 bankruptcy law. The pledgee tangle legislator

por

ABEL B. VEIGA COPO
Profesor Agregado Derecho Mercantil
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

RESUMEN: Estamos probablemente ante uno de los artículos de derecho privado más interpretado, re-escrito y confuso que ha perimetrado la prenda, y específicamente, la prenda de créditos. Parece que, esta vez sí, el legislador de 2015 sí ofrece una solución algo más satisfactoria. Pero el conflicto entre acreedores sigue incólume

ABSTRACT: We are probably facing one of the most interpreted, rewritten and confused articles of private law that the garment has designed, and specifically, the pledge of credits. It seems that, this time, the legislator of 2015 does offer a somewhat more satisfactory solution. But the conflict and the protection of the credit among creditors continues unabated.

PALABRAS CLAVE: Prenda. Créditos. Privilegios. Confusión.

KEY WORDS: Pledge. Credits. Preferences. Confusions.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. PERIMETRANDO LA PRENDA DE CRÉDITOS FUTUROS.—II. PRENDA DE CRÉDITOS.—III. EL RECORTE CONCURSAL DE UNA PRENDA DE CRÉDITOS FUTUROS. EL PÉNDULO LEGISLATIVO, LA INCOHERENCIA HACIA UNA INCOMPRENSIBILIDAD PERTINAZ DE LA FIGURA.

I. INTRODUCCIÓN. PERIMETRANDO LA PRENDA DE CRÉDITOS FUTUROS

Sin duda la enésima reforma concursal y que, entre otros embates, arremete de nuevo en temas de prenda de créditos, sobre todo, futuros, amenaza con no ser la definitiva. Si es que el legislador, en verdad, sabe o es consciente de querer saber verdaderamente la naturaleza, características, estructura de esta prenda y deja de lado los intereses más acuciantes y ansiosos de algunos lobbies. Ocurre

con este apartado 6º lo mismo que ocurrió con el artículo 87.6 que era claro, cerrar la cuadratura del círculo subordinatorio en el caso de la fianza y que el legislador no dudó en reinterpretarse así mismo, algo insólito en la génesis del derecho pero cierto. No cabe duda que, en parte, se ha avanzado en el embate jurisprudencial habido sobre los efectos dentro del concurso del deudor pignorante y que ha hecho reaccionar al legislador, pero por lo visto, con enorme errática y poco acierto.

Al dislate que siguió la reforma del artículo 90.1.6º concursal, le prosigue su reforma en ámbito de prenda de créditos a través de la norma 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al margen de todo escrúpulo de residenciar semejante reforma en un corpus ajeno *a priori* a lo concursal. Acción-reacción. Sin olvidar por ello la importante sentencia del Supremo al respecto de 18 de marzo de 2016. Sentencia a la que ahora se superpone y sigue la más reciente de 13 de marzo de 2017 igualmente del Supremo sobre la prenda de créditos futura de la administración tributaria ante el concurso de un club de fútbol[1].

Norma y reforma en pocos años, rectificación pendular. También contención sobre todo ante la inmunidad de algunos privilegios ante un veremos si verdaderamente operativo y crucial apartado 3º del artículo 90 al tasar —al menos teóricamente el umbral de alcance del privilegio especial respecto al valor razonable introducido en el artículo 94 tras la reforma de 2015[2]. Experimentación o cesión ante la presión de demasiados intereses, pero por el camino, desazón, inseguridad y perplejidad. Pero al lado de ese mero devenir temporal está la labor inexcrutable del Supremo en materia de clasificación de créditos[3]. Labor e interpretación que a lo largo de estos años ha ido perfilando, depurando, destilando y situando la verdadera posición del crédito en la masa pasiva, a modo de ejemplo piénsese en los vaivenes jurisprudenciales y no pocos silencios doctrinales que ha tenido por ejemplo la clasificación del crédito del subcontratista que pretende o pretendía ejercitar la acción directa. Entre otras véase ahora la posición del Supremo a través de la sentencia de 26 de marzo de 2015.

Los acreedores garantizados requieren certezas y seguridades, máxime cuando no pueden prevalerse de sistemas registrales en los que consten las constituciones de los derechos reales de garantía. Y no toda garantía consta en un registro o se atiene a unas mismas y seguras pautas de publicidad *erga omnes*. No son pocas las veces ni tampoco las voces que de un modo u otro, han exigido la creación de registros públicos que reflejen esas garantías reales, especialmente mobiliarias, que el deudor constituye. Ahora bien, no es menos cierto que radiografiar esas garantías, exteriorizarlas en un registro público, es reflejo de un momento puntual, el de ese endeudamiento patrimonial del deudor hasta la fecha de esa o esas en caso de ser sucesivas, garantías constituidas.

Si bien la prenda manual ha sido el arquetipo de las garantías mobiliarias teniendo su periodo de esplendor sobre todo antes de la creación de los registros de bienes muebles, hoy la exigencia del desplazamiento posesorio entre otros extremos ha significado una progresiva e imparable pérdida de protagonismo y también de utilidad, desplazándose el eje hacia aquellas modalidades pignoraticias menos simples, más sofisticadas pero también más dinámicas y fácilmente identificables a través de su localización registral[4]. Simplicidad que ha de convivir entre existencia y futuridad, determinación y reglas de determinabilidad máxime si ante prenda sobre créditos futuros o cualesquiera otros activos o bienes se tratara. Adviértase la realidad que no mera posibilidad de constitución de prenda común y prenda sin desplazamiento sobre créditos y bienes futuros[5].

Las dificultades económicas que la entrega de un bien productivo implicaba para el deudor era un pesado lastre que ahogaba el éxito de todo endeudamiento. Indudablemente la prenda ha ido evolucionando y adaptándose a las necesidades del tráfico en beneficio tanto de deudor como de acreedor, siendo útil a la vez para ambos sin perder un ápice de valor y seguridad. Estas nuevas figuras han dulcificado pero también desnaturalizado el requisito de la desposesión que deja de ser un requisito constitutivo en las nuevas modalidades de prenda y se busca un sustitutivo, una ficción que cumpla idéntica funcionalidad, la inscripción en un determinado registro, sea este público o privado, cual es el de las anotaciones en cuenta en caso de valores negociables. Determinabilidad y reglas de determinación son epicentro nuclear de toda pignoración sobre bienes o créditos futuros.

No obstante esto no supone que las prendas tradicionales no se sigan constituyendo, si bien de un modo más residual y de menor cuantía económica, como tampoco no significa que tales prendas no gocen de la preferencia o privilegio especial que se instaura en el artículo 90 de la Ley Concursal.

Además, en la Ley Concursal se establece el privilegio especial sobre dos tipos especiales de prenda, la que se constituye sobre créditos y la que se constituye sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta, ya sean acciones u obligaciones, o cualesquiera otro tipo de valores, no se dice que sean negociables, con lo cual el abanico debe abrirse a todo instrumento o activo financiero que como forma de representación sea el de las anotaciones en cuenta y que sobre el mismo penda una garantía real prendaria[6].

Es llamativa, —al menos lo era hasta la última de las reformas, la disposición final quinta, Cuatro, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que incorpora una nueva dicción al artículo 90.1.6º de la Ley concursal—, la falta de rigor y la poca propiedad en los términos empleados a la hora de referirse a la prenda, y por supuesto, la extrema parquedad del propio derecho real de prenda. No se puede decir sin más «derechos» en general para referirse a los objetos de la prenda que como todos sabemos requiere para su constitución el desplazamiento posesorio (art. 1863 del Código Civil). Lo correcto sería haber ceñido el inciso primero del núm. 6 del artículo 90.1 a los derechos sobre bienes corporales, y extender el inciso segundo a los derechos incorporales no susceptibles de posesión en sentido propio pero sí a través de ciertas ficciones jurídicas o equivalencias.

La redacción dada en 2015 al apartado 1. 6º del artículo 90 señala:

6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados.

Los créditos garantizados con prenda constituida sobre créditos futuros solo gozarán de privilegio especial cuando concurran los siguientes requisitos antes de la declaración de concurso:

a) Que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración.
b) Que la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente.
c) Que, en el caso de créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos, cumplan, además, con lo exigido en el artículo 261.3 del texto Refundido de la Ley de Con-

tratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Adviértase que no estamos en la nueva redacción ya ante la ambivalencia interpretativa de si se constituye una prenda en garantía de créditos futuros, sino de una prenda sobre créditos futuros. Y en los que la premisa es clara, a saber, que el crédito pignorado nazca de una relación obligacional perfeccionada con anterioridad al auto que declare el concurso. La causa, la base es anterior, el crédito puede nacer a posteriori, constante el concurso[7].

Los derechos en un sentido estricto difícilmente están *en posesión del acreedor o un tercero*. De lo contrario ¿cómo constituiríamos determinadas modalidades de prenda y acto seguido y en función de la constitución, cómo mantendríamos su carácter preferente?, significativamente pensemos en los derechos o cuotas de participación sociales de multitud de sociedades tanto anónimas como limitadas, pequeñas y medianas sociedades de carácter cerrado o gestión cuasifamiliar que ni siquiera representan, unas, voluntariamente, sus derechos a través de acciones por medio de títulos y menos por anotaciones en cuenta, y las otras por imposibilidad legal como es el supuesto de las participaciones sociales de una limitada[8]. Sin embargo esto tampoco ha preocupado al legislador en la reforma de 2011, más preocupado en facilitar la prenda de créditos futuros en lo que es un desvalijamiento de la responsabilidad patrimonial universal que en dotar de coherencia y rigor las distintas modalidades de garantía sobre los que se proyecta el privilegio especial del artículo 90 concursal.

La propia ambigüedad de la Ley Concursal, no sabemos si deliberada o inconscientemente, permite que bajo la figura de la prenda se cobijen incluso las prendas inmobiliarias del derecho navarro o el derecho de retención catalán. No se circunscribe el artículo 90 de la Ley en ningún momento al carácter mobiliario del objeto de la garantía. En cierto sentido, se ha aislado la prenda posesoria y la prenda sobre créditos, como si el legislador concursal quisiera deslindarlas y definirlas con nitidez de modo que se acabe todo atisbo de duda sobre a qué clases de créditos se está refiriendo. Ya no disfruta del privilegio de ser acreedor escriturario ni el inherente y equivalente a una prenda posesoria cuando la garantía se inscribe en el Registro de Bienes Muebles.

II. PRENDA DE CRÉDITOS

Mucho se ha escrito sobre la prenda de créditos, un ámbito que ha tenido y sigue teniendo una gran proyección práctica en el mundo financiero y que dista de ser un entramado excesivamente complejo, al contrario[9]. Incluso ha querido emponzoñar aún más su debate y su intrahistoria la reforma concursal de 2011 y la enmienda a la misma en 2015 al privilegiar la prenda de créditos futuros sea sobre obligaciones presentes, sea incluso, también, sobre obligaciones futuras[10]. Queda claro tras la reforma de 2015 cual es y debiera haber sido desde el principio el presupuesto nuclear de la norma y, por ende, del privilegio. A saber, la resistencia o inmunidad ante el concurso de toda prenda sobre créditos futuros, que nada tiene que ver con una prenda en garantía de créditos futuros. Sin duda este es el eje bascular y nervial de la reciente sentencia del Supremo de 13 de marzo de 2017 en su fundamento tercero.

Lo más sorprendente es sin duda, dado el fragmentario material regulatorio y normativo disperso y en cierta medida, deficitario, la multitud de problemas

prácticos que genera. Zonas de sombra, de duda, tanto al constituir la garantía como sobre todo a la hora de realizar jalonan una azarosa historia o un especial devenir de la figura que suscita atracción, aceptación y, en cierta medida, un desmedido entusiasmo. Es probablemente la garantía más frecuentemente utilizada cuando estamos ante financiaciones no solo complejas sino también cuantiosas. Pero también es una garantía que normalmente no se ejecuta. ¿Por qué sucede esto, qué papel juega para el acreedor prendario o qué busca en todo caso este? Son interrogantes que la práctica dirime cada día[11].

La prenda de créditos atribuye un espacio, un marco jurídico amplio, plagado de figuras más o menos atípicas que tienen una misma finalidad pero no entronque jurídico. Figuras además que rompen con viejos tabúes o prohibiciones sin fundamentar o que se justificaron en las más variopintas y falaces ratios[12]. Pues, ¿acaso una cesión de créditos en garantía de un crédito o financiación no es una prenda?, ¿qué es sino la compensación en garantía? Y qué decir igualmente del *factoring* dejando ahora al margen la dicotomía con o sin regreso[13]. Qué es al mismo tiempo una cesión *pro solvendo*? ¿Es que acaso una prenda de créditos y una cesión en garantía no es lo mismo?

¿Es lo mismo una prenda de derechos que una prenda de créditos?, ¿engloba aquella —genérico— a esta —la especialidad o una de ellas—?, ¿es posible constituir un derecho sobre otro derecho como tradicionalmente discutía y cuestionaba la doctrina civilista más clásica? [Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2009 *(RJ* 2009, 1360) en su fundamento segundo, en la misma línea marcada por la Sentencia de la misma Sala de 26 de septiembre de 2002 *(RJ* 2002, 7873)].

No puede ignorarse, que la Ley concursal acogió y reconoció en sede legislativa por vez primera la prenda de créditos, cual privilegio especial para el que no exige siquiera la forma pública que preconiza el artículo 1865 del Código Civil, bastando con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados[14]. No se exige por tanto ni la constancia en documento público como tampoco su notificación al deudor para su validez. A nuestro juicio esta es una inclusión tan correcta como necesaria, si bien la principal crítica que se ha hecho a la prenda de créditos viene por aquellos que se oponen a que se instaure una forma de garantía real sin ninguna medida de publicidad.

En cierto modo a medida que las necesidades del tráfico han demandado nuevas figuras, el catálogo de garantías reales ha ido ampliándose y perdiendo rigidez en aras de facilitar crédito allí donde las tradicionales figuras de garantía carecían de eficacia. Este hecho, unido a la libertad contractual de garantizar las obligaciones con créditos activos, ha ido forzando las normas de derecho común, que solo regulaban una prenda corpórea. No es menos cierto además, que el tratamiento actual de la prenda de créditos se circunscribe sobre todo en la jurisprudencia, a créditos derivados de depósitos bancarios. Aunque también proliferan aquellas prendas de crédito que se consideran *de iure* implícitas en las prendas posesorias o hipotecas inmobiliarias cuando la cosa garantizada se extingue, se daña o se pierde, correspondiendo a su titular un derecho de subrogación sobre un crédito de dinero. Pensemos en supuestos de prolongación de la garantía en forma de prenda de crédito resultante de la enajenación de la cosa autorizada por el vendedor[15].

Con la admisión de esta figura como garantía real y, por tanto, como tributaria de un privilegio especial, se viene a solucionar el problema de la viabilidad de la cesión global anticipada de créditos futuros en garantía en el supuesto de que el

cedente sea el concursado[16]. De este modo y cómo es fácilmente adivinable nos encontraremos por un lado a un acreedor prendario que tratará de ejecutar la garantía real que recae sobre créditos futuros que existen en el momento de la declaración del concurso ya que han nacido pignorados conforme a la garantía prendaria constituida, y de otro lado, los acreedores concursales que tratarán de enervar toda eficacia a esa garantía y tratarán de integrar esos bienes despojados de toda carga allí donde nunca debieron salir. La clave para dirimir esta controversia pasa por aclarar el momento en que se perfeccionaron los contratos de cesión global anticipada, si antes o después de declararse el concurso. Como es lógico si estos créditos futuros se hubieran pignorado en virtud de contratos duraderos perfeccionados una vez declarado el concurso, carecerán de toda eficacia[17].

La estructura del derecho real de prenda, dada la función que cumple, determina que su objeto deba reunir necesariamente unas características idóneas. De ahí que se exija, de cara a la sujeción real propia de la institución prendaria, una existencia objetiva que asegure la efectividad del derecho de garantía. Es esta la razón por la que la prenda, en principio y solo en principio, puede recaer sobre cosas corporales. Ni la admisibilidad ni tampoco la naturaleza de una prenda de créditos es admitida de un modo indubitable por todos, o al menos hasta hace unos años, lo fue, ni tan siquiera pacíficamente, salvo por vía doctrinal-jurisprudencial, y en su momento inicialmente de *lege ferenda* —se admitió por vez primera expresamente en el Proyecto de Ley Concursal de 2001 en cuyo artículo 89.1.6 se le asigna un privilegio especial semejante al que goza un acreedor prendario ordinario—[18]. Hoy la Ley concursal, de un modo anómalo y extraño, le otorga status real y regulatorio, como un cuerpo extraño dentro de lo que es la prelación de créditos concursal, en su artículo 90.1. 6º[19]. Acaso no había otro lugar, otra norma, habida cuenta que la regulación a día de hoy se halla bien en el Real Decreto-ley de 11 de marzo de 2005 reconducida sin duda a un término más exacto que ya no atiende bajo el *nomen iuris* de prenda de créditos sino que debería ser, desterrados anquilosamientos de fondo y de forma, de nombre y de principio, garantías financieras sobre efectivo o sobre créditos, así como también en el libro quinto del Código Civil de Cataluña.

Eso sí, si optamos por delimitar con nitidez cual es el verdadero ámbito de aplicación con sus exclusiones y limitaciones que los artículos 3 y 4 de aquel Real Decreto señalan, pues modalidades son muchas las prendas que pasan por el filtro o tamiz de ese Real Decreto de estructuras y naturalezas jurídicas contradictorias y mezcladas por el legislador. Pero, no olvidemos que las prendas de derechos ya eran conocidas y estaban consagradas por el legislador, pues, ¿qué era sino la subhipoteca y qué juego producía la subrogación real?[20]. Una regulación que incluso ha venido a entreverarse de más dudas y ciertas incredulidades con la redacción, gramaticalmente defectuosa y desafortunada cuando menos, de 2011 y en la que se admitió la prenda de créditos futuros, si bien la redacción aduce «prenda en garantía de créditos futuros» la cuál «solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso». Pues ¿ante qué prenda y ante qué créditos estamos?[21].

No es menos cierto además, que el tratamiento actual de la prenda de créditos se circunscribe sobre todo en la jurisprudencia, a créditos derivados de depósitos bancarios[22]. Buena prueba el análisis que lleva a cabo la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2001 *(RJ* 2001, 5080) que no es sino fiel trasunto de

la capital sentencia del mismo Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985 *(RJ* 1985, 6654), y en la que se afirma:

> «…se había rechazado que la libreta nominativa en que suelen documentarse los depósitos de dinero a plazo fijo pudiera ser considerada un «título valor», pues su verdadera naturaleza es la de título de legitimación, y, por tanto, carece de las necesarias condiciones para que pueda constituirse sobre ella una prenda de valores, a diferencia de lo que sucede con los certificados de depósito que en otras ocasiones se emiten como consecuencia de aquellas operaciones bancarias.
>
> No obstante, esta Sala en sentencias de 19 de abril *(RJ* 1997, 3429) y de 7 de octubre de 1997 *(RJ* 1997, 7101) ha tenido ocasión de reconsiderar el tema, estableciendo una doctrina que puede resumirse así:
>
> a) Ciertamente no es posible proceder a la pignoración del dinero cuya propiedad se entrega a los Bancos a través de operaciones de depósito irregular, pues las cantidades objeto de las mismas se confunden en el patrimonio de dichas entidades, las cuales quedan únicamente obligadas a restituir el «tantundem».
> b) Sin embargo, las imposiciones bancarias a plazo originan un crédito a favor del imponente que posee un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda, pues este no puede circunscribirse a las cosas materiales, a través de una interpretación rigurosamente literal del artículo 1864 del Código Civil, que estaría en contradicción con el artículo 1868 que admite la prenda que produce intereses.
> c) Cabe, pues, que el depositante pignore su derecho de crédito a la restitución, en garantía de una obligación que mantiene o que contrae con la entidad bancaria.
> d) El que exista, como contenido de dicha pignoración un pacto de compensabilidad es algo añadido que viene a evitar el sistema de ejecución de la prenda previsto en el artículo 1872 del Código Civil. Esta compensación entre el derecho de crédito del deudor pignorante y lo que este adeuda al Banco, no infringe la prohibición que respecto al pacto comisorio contiene el artículo 1859, ya que no puede producirse perjuicio alguno ni para el deudor ni para terceros, pues la entidad financiera no va a obtener ni nada más ni nada menos que la cantidad objeto de la imposición…».

Aunque también proliferan aquellas prendas de crédito que se consideran *de iure* implícitas en las prendas posesorias o hipotecas inmobiliarias cuando la cosa garantizada se extingue, se daña o se pierde, correspondiendo a su titular un derecho de subrogación sobre un crédito de dinero. Pensemos en supuestos de prolongación de la garantía en forma de prenda de crédito resultante de la enajenación de la cosa autorizada por el vendedor. Indudablemente un crédito es valor, atesora un grado de utilidad ávido de circulación y movilización crediticia. Categórico el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2004 *(RJ* 2004, 1821) cuando reivindica precisamente ese valor, señalando: «(…) *el crédito tiene obviamente un valor, que no hay ninguna necesidad física y jurídica de que quede inmovilizado, lo que además sería anómalo e incongruente en una sociedad económica como la actual, en la que los créditos juegan un papel esencial en el tráfico*…».

Los derechos de crédito ciertamente carecen de corporeidad y ello redunda en una imposibilidad manifiesta de posesión. No es posible en la prenda de créditos, en puridad, hablar de traspaso posesorio. El acreedor es titular de un derecho de crédito; no posee nada, en sentido propio[23]. Esta cuestión lleva a preguntarnos si los derechos de crédito pueden ser considerados como cosa existente, o esta categoría hay que circunscribirla únicamente para las cosas con existencia corporal. La consideración de los derechos como bienes muebles o inmuebles no es más que una ficción legal para aplicar a los derechos el régimen de las cosas muebles o inmuebles. Ficción legal que está en contradicción con el propio criterio de la distinción general. Si los bienes son muebles o inmuebles por el criterio de su movilidad, basado en la naturaleza física de las cosas corporales, es una contradicción incluir en ella los derechos que de por sí no tienen consistencia física[24].

No es menos cierto eso sí, que el significado jurídico de la palabra *cosa* ha sufrido una enorme extensión como consecuencia del desarrollo social y económico de nuestro tiempo. Este hecho permite afirmar que el concepto jurídico de cosa no es más que una abstracción de todo aquello que, por la utilidad que representa para el hombre según la concepción socioeconómica de la época, se considera como objeto del derecho.

Aquellos que consideran la prenda de créditos como una construcción de un derecho sobre otro derecho parten del carácter real de la naturaleza de la prenda de créditos puesto que el objeto propio de la prenda es el derecho, que es como la cosa misma. Los derechos son cosas incorporales aptas para ser objeto de relaciones jurídicas[25]. La posesión no es posible en ninguno de sus tipos sobre los créditos, porque son situaciones fácticas no duraderas. Ahora bien, esta imposibilidad de poseer un derecho de crédito no obsta a que esa misma finalidad se logre a través de un canal alternativo, cuál es la posesión del documento probatorio y la notificación al deudor. No obstante, la teoría de los derechos sobre derechos —según la concepción de que cualquier derecho se objetiviza como valor económico y es objeto de derechos reales—, ha sido rechazada en nuestro derecho[26].

El Código Civil ni regula ni menciona la prenda de créditos, con lo que es evidente la no previsión de la posibilidad de que pueda constituirse una prenda sobre créditos. Esta ausencia de regulación afecta únicamente a las operaciones de garantía sobre derechos de crédito no incorporados a títulos valores y sometidos al derecho común. La prenda de créditos se concebía como una cesión de la *actio utilis*, ya que solo se permite al acreedor pignoraticio exigir al deudor el cumplimiento de la deuda y, por tanto, cobrar su importe, judicial o extrajudicialmente, como lo haría el deudor pignorante titular de la acción. La realidad no ha sido otra hasta la norma concursal más que una deliberada pretensión de desterrar o extrañar esta figura de nuestro derecho nace a la vida jurídica, en cierta medida, adquiere una existencia objetiva que permite considerarlo no solo como derecho subjetivo o parte activa de una relación obligacional, sino como cosa, en cuanto que representa la medida de un valor patrimonializable, susceptible de realizar con él las operaciones del tráfico que se practican sobre las cosas corporales, y como tal susceptibles de transmisibilidad (art. 1122 del Código Civil)[27]. Hablar referencialmente de un tráfico jurídico sobre créditos, inescindible del valor económico y patrimonial que aportan, nos lleva ineludiblemente a una equiparación de estos en cosas[28]. El primer requisito que ha de cumplir el objeto gravado es el de tener un valor patrimoniable y ser realizable mediante enajenación, ¿que perjuicio se derivaría entonces para que puedan ser objeto de prenda todos los bienes que tiendan a la obtención de un valor tanto

si son corporales como derechos? En cierta medida se produce una transustanciación del crédito cosificándose[29]. A su vez no debemos soslayar el tratamiento de bien mueble que a los derechos dispensan los artículos 335 y 336 del Código Civil, en un intento de redimensionar el propio término *cosa*.

La posibilidad de pignorar un crédito implica importantes especialidades en orden a la determinación de su naturaleza, el posible carácter mobiliario del crédito y el requisito de la posesión. Su origen en cambio, no presenta particularidad alguna, pues lo frecuente será que el mismo sea contractual. Cuando se pignora un crédito, lo que se busca es utilizar con fines de garantía una realidad ya existente, que si bien, inmaterial y consistente en la esperanza de recibir una prestación, no empece tutelar un interés valorable en términos económicos y que como tal es patrimonializable y susceptible de transmisión, lo cual le dota de un efectivo valor en cambio.

La admisión de un crédito como objeto de un derecho real de garantía no vulnera la restrictiva exigencia del desplazamiento posesorio del artículo 1863 del Código Civil, cuya finalidad es tanto velar por la efectividad de la garantía, como llevar a cabo una función de publicidad. Situados en un plano meramente causal, este desplazamiento pretende crear un estado de hecho tal, que obstaculice la posibilidad de una disposición material por parte del constituyente de la garantía. La alternativa que ofrece nuestro ordenamiento en sede de créditos como mecanismo que supla aquel traslado físico de efectiva desposesión es la notificación al deudor del crédito ahora pignorado. La notificación se erige así en el mecanismo idóneo para situar al acreedor en una posición similar a la que ostentaría en el caso de que la prenda recayera sobre una cosa corporal, cumpliendo al mismo tiempo el papel de publicidad de las garantías, si bien este puede ser cuestionado en cuanto a su eficacia[30].

La notificación, como la desposesión, tiene la función de proteger el derecho de preferencia del acreedor ante posibles maniobras fraudulentas del deudor[31]. En cierto sentido, desvanece la protección que al deudor del crédito cedido le confiere el artículo 1527 del Código Civil. Tras la notificación del negocio celebrado al deudor del crédito pignorado, este no podrá liberarse de su deuda desconociendo el derecho del acreedor pignoraticio, ni pactar alteraciones con el constituyente de la garantía que perjudiquen los derechos de aquel[32].

La garantía en favor del acreedor pignoraticio-cesionario se constituye a través de una cesión limitada del derecho de crédito, mediante la cual se constituye un derecho personal con efectos reales en favor del cesionario[33]. De este modo, la prenda de créditos otorga al acreedor pignoraticio-cesionario un derecho obligatorio real *(verdingliches obligatorisches Recht)*[34]. Como derecho obligatorio real es una figura intermedia entre los derechos puramente personales y los derechos propiamente reales, porque comparte características de unos y de otros[35]. En la cesión de créditos con finalidad de garantía la transmisión opera en función del efectivo reforzamiento de una legítima posición e interés acreedor y está intrínsecamente vinculada a la subsistencia y a la permanencia de la obligación principal.

Es más, incluso es admisible que la cesión del crédito con función de garantía sea admisible y no lo sea una transmisión o venta en garantía, pues ambas causas son diametralmente opuestas; así en la transmisión en garantía la enajenación con fin garantizador no constituye por sí causa idónea suficiente para transmitir la propiedad; en cambio, en la cesión con finalidad de garantía debe destacarse antes bien la peculiaridad del objeto transmitido, pues no es la propiedad de un bien, sino la transmisión de la titularidad de un derecho de crédito que tiene por objeto dinero u otros bienes fungibles[36]. Por otra parte debemos a su vez tener

en cuenta que no toda transmisión fiduciaria es una transmisión en garantía, pues las transmisiones fiduciarias también pueden responder a otras finalidades como las de administración o gestión de negocios ajenos, etc., y asimismo no toda transmisión en garantía es una transmisión fiduciaria, pues no siempre una transmisión en garantía encaja dentro de lo que tradicionalmente se ha entendido como negocio fiduciario, un negocio que se caracteriza por la incongruencia del medio elegido (transmisión o enajenación) y el fin económico perseguido (garantía, administración).

Así, cuando se transmite plenamente un crédito en garantía, el efecto querido por las partes, esto es, una garantía, no coincide en modo alguno con el fin o finalidad económica del negocio utilizado (transmisión de un crédito), en cambio cuando esa misma cesión es limitada las cosas cambian, pues no se cede de forma plena y total la titularidad del crédito, sino antes bien se cercena o limita el contenido del negocio de cesión al efecto de garantía perseguido inter partes. Solo así, el efecto perseguido y querido por las partes (garantía de un crédito) y la finalidad del negocio, cesión limitada para garantizar un crédito, coinciden[37]. En definitiva, si no se admite la validez de una prenda de crédito, el tráfico compensará esta restricción con cesiones fiduciarias ocultas, lo cuál irá tanto en detrimento del deudor como de terceros acreedores. Pero la pregunta que debemos hacernos es si la prenda de créditos encaja o no encaja en el molde de la cesión de créditos diseñado en el Código Civil[38]; es decir, puede o no puede aprovecharse este régimen para crear una causa de preferencia o con ello lo que conseguimos es una transmisión fiduciaria de los derechos de créditos que cumple una función de garantía, creándose de este modo una causa de preferencia atípica.

De lo expuesto se deduce que el derecho del acreedor pignoraticio-cesionario no es un derecho real propio porque falta un requisito esencial: la inmediatividad. El acreedor pignoraticio no tiene un poder directo e inmediato sobre el crédito, sino que necesita la colaboración tanto del pignorante como del mismo deudor cedido. Tampoco es un mero derecho personal. Podría decirse que es un derecho real impropio o un derecho personal con eficacia real. La nota que cualifica como real su eficacia es la absolutidad.

III. EL RECORTE CONCURSAL DE UNA PRENDA DE CRÉDITOS FUTUROS. EL PÉNDULO LEGISLATIVO, LA INCOHERENCIA HACIA UNA INCOMPRENSIBILIDAD PERTINAZ DE LA FIGURA

La reforma de la ley concursal de octubre de 2011 y que entró en vigor en enero de 2012 rasga, *recte*, rasgó, lo que, de un modo u otro, venía siendo pacífico tanto doctrinal como jurisprudencialmente, si bien había ciertas excepciones[39]. A pesar de que ni antes ni tampoco ahora están claros los criterios constitutivos de una prenda de créditos, pues ¿es más eficaz acaso si la misma tiene base registral?[40] ¿acaso alguna norma en nuestro ordenamiento regula o de la misma se infiere indirectamente que es superior una prenda por ser o estar la misma inscrita?, ¿resiste mejor o peor a un concurso de acreedores aquella prenda inscrita frente a la que no lo está, o está desplazada o incluso queda en posesión del deudor, con o sin documento público pero sí que conste de un modo fehaciente? Al regular la clasificación, más bien numerar, de los créditos con privilegio especial, quiso el legislador pronunciarse sobre el alcance del privilegio sobre una garantía en concreto, la prenda de créditos futuros, algo que a la sazón no había realizado en 2003, como tampoco entraba a regular aspectos tales como

eficacia frente al concurso, o dicho de otro modo, la resistencia e inmunización de los créditos futuros y su pignoración, que no cuestiones de constitución de la garantía y validez, las cuáles se basaban en el régimen ordinario de derecho común, el legislador ha decidido, sin apelar a ratios ni justificaciones, tampoco necesidades en este momento, restringir y recortar no tanto la eficacia de las prendas de créditos futuros cuanto el paraguas preferencial del privilegio, impidiendo, salvo algunas excepciones que acto seguido esgrime, que los créditos nacidos después de la declaración de concurso estén protegidos concursalmente por el privilegio especial que *de iure* y *ex lege* recae sobre la garantía pignoraticia.

No es lo mismo una prenda en garantía de o sobre créditos futuros que una prenda en garantía de créditos futuros[41]. O sin pervertir el lenguaje ¿realmente cuando la norma habla de prenda de créditos futuros no está refiriéndose a una prenda en garantía de crédito futuro? Como tampoco lo es una prenda sobre crédito futuro y una prenda común de cosa futura con desplazamiento o no de la posesión. Nada tiene que ver la constitución de una garantía común sobre bienes tangibles y presentes que cuando se quiere contratar una garantía mobiliaria sobre bienes o cosas futuras. De este modo, y ante la incoherencia legislativa, basculante y oscilante sin parecer tener un criterio nítido de la figura que trata de regular, o más bien, emponzoñar, no cabe otra pregunta que la delimitar cuál es el verdadero ámbito objetivo que el legislador quiere diseñar al referirse a la prenda de créditos futuros. Así, no es lo mismo una prenda de créditos futuros o si se prefiere nominativamente, sobre créditos futuros, que una prenda en garantía de créditos futuros.

Acierta, a nuestro juicio, la STS de 18 de marzo de 2016 cuando ante esta dualidad asevera: «…En el primer caso, se refiere a los créditos objeto de la garantía, mientras que en el segundo a los créditos garantizados con la prenda». En efecto, un ámbito es el crédito como objeto de la garantía prendaria, y otro, bien distinto, el crédito en sí mismo garantizado ya con la prenda. Una sentencia además, categórica al afirmar que la reforma de 2011 no introdujo norma alguna sobre la prenda de créditos futuros, dado que la misma se refería únicamente a la «prenda en garantía de créditos futuros».

¿Qué entendemos sobre bienes futuros y qué sobre créditos futuros? El código permite contratar sobre cosas aun futuras. No es un problema de validez contractual, sino de eficacia erga omnes, de oponibilidad, y llegado el caso de resistencia frente al concurso. Cosas o bienes futuros que no son sino aquellos de los que el pignorante, el deudor en suma, no puede disponer al tiempo de la perfección de la garantía[42]. Y más que perfección, contratación de la misma.

Tal vez el talón de Aquiles cuando no nudo gordiano ha venido de la mano de un legislador, pendular, escurridizo cuando no ocurridizo y que ha dado grandes quiebros a la regulación concursal de la prenda de créditos, y máxime, de créditos futuros. Nada ya qué decir cuando es una reforma del calado legal de instaurar todo un régimen jurídico del sector público la que en una disposición viene a conferir una redacción nueva y diametralmente distinta a la prenda de créditos futuros. Más allá del oportunismo y del interés, el camino o medio no ha sido el más idóneo, o al menos esa es la sensación, pero así se legisla, a impulsos, a matacaballo. Así, si el primer esquema válido era de fácil redacción y no menos flexible interpretación, vino a emponzoñar, no solo la propia constitución de la prenda de créditos futura, sino su ámbito de extensión, (holístico en no pocos casos y sin importar rebasar límites de sobregarantías, equidad, y equilibrio genético contractual y contraprestaciones) las reformas subsiguientes. Nada tiene que ver la redacción originaria de 2003 respecto de la prenda de créditos y su

carácter privilegiado en la norma concursal y en la que expresamente se admitía que el crédito garantizado con una prenda pudiera merecer la consideración, en caso de concurso de acreedores, de crédito con privilegio especial, y gozar de preferencia de cobro respecto de los créditos gravados. Consagración además legal por vez primera en nuestro ordenamiento (salvando la Ley 466 de la Compilación navarra) de la prenda de créditos. Se exigía como único requisito forma por parte de la norma concursal de cara al reconocimiento de este privilegio que la prenda constase en documento con fecha fehaciente. Adviértase que en esta envolvente simplista, no se exige siquiera forma pública de un modo expreso y conciso. El parámetro cambió abruptamente con la Ley 38/2011, de 10 de octubre que, además de introducir un inciso final al apartado 6º, norma en el apartado 2º de la disposición transitoria 4ª de la ley lo siguiente: «a los efectos de la clasificación de los créditos afectados…, se aplicará a los concursos en tramitación, al tiempo de la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se hubiese presentado el informe por la administración concursal».

En efecto, la disposición final 5ª de la LRJSP viene a mutar distintos preceptos de la norma concursal y, entre ellos, el que a nosotros atañe en este momento, el artículo 90.1.6º concursal. Particularmente en su párrafo segundo, se establecen a priori los requisitos «cumulativos eso sí», de cara a investirse de privilegio especial en un crédito garantizado con prenda constituida sobre créditos futuros siempre que concurran los siguientes requisitos antes de la declaración de concurso: a) que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración; b) que la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente; c) que, en el caso de créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos, cumplan, además, con lo exigido en el artículo 261.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de Sector Público.

Un artículo que, ahora, tras la nueva regulación, tiene como ámbito objetivo el de la totalidad de prendas de créditos futuros que puedan constituirse, al margen de exigir documento público o inscripción para todas, sino considerando precisamente esta duplicidad constitutiva formal o, en su caso, constitucional. El artículo 90.1.6ª al regular los requisitos de validez de la prenda de créditos futuros en su apartado b) es taxativo amén de categórico y elocuente, pues además no distingue ni traza dualidad antitética alguna entre prenda inscrita de la no inscrita, si no que partiendo de la admisibilidad no definida de «los créditos garantizados con prenda constituida sobre créditos futuros», la misma ha de estar o bien constituida en documento público, y del que no se infiere necesidad ni obligación alguna de inscripción, o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente[43]. Adviértase de la *fictio* existen que no hace sino constatar la realidad, la prenda sin desplazamiento de la posesión de un crédito futuro, *per se*, no poseíble, requiere la inscripción. Pero lo hace a otros efectos propios y específicos de constitución y realidad de la oponibilidad y no necesariamente para preconizar una superioridad de la garantía inscrita frente a la no inscrita. Este es un requisito, el del apartado b) unido inextricablemente y sin solución de continuidad al del apartado a) del artículo 90.1.6º concursal que exige que el crédito futuro nazca antes de la declaración de concurso de contratos perfeccionado o relaciones jurídicas constituidas con ese umbral temporal[44]. Mas qué sentido tiene hoy seguir estatuyendo la dualidad entre prenda inscrita y prenda sin desplazamiento de la posesión inscrita[45].

Superpuesta a esta sentencia, la reciente del mismo Supremo, de 13 de marzo de 2017, que en algunos extremos es mimética de la de 2016 y en cuyo fundamento tercero se desmenuza la estructura perfecta de la prenda de créditos futura y su resistencia ante el concurso. Por su argumentación reproducimos algún fundamento parcialmente. Así, el tercero de los fundamentos reza:

« … TERCERO. *Decisión de la Sala. Resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros*

1. Con carácter previo a analizar los motivos del recurso y las razones dadas por el Deportivo de La Coruña para oponerse al recurso, deben realizarse algunas precisiones.

La primera se refiere a que la naturaleza de la cuestión litigiosa que constituye el objeto de este recurso es la de una impugnación de la lista de acreedores, en concreto, de la calificación de uno de los créditos de la AEAT como crédito con privilegio especial. Por tanto, el ámbito del objeto de las prendas constituidas, esto es, la exacta determinación de cuáles son todos los créditos pignorados que pueden ser objeto de ejecución y la determinación de si son suficientes para que su ejecución satisfaga todo el crédito especialmente privilegiado de la AEAT, serán cuestiones que habrán de ser solventadas cuando se ejecuten tales prendas. En este momento, son cuestiones irrelevantes, a la vista de la regulación legal aplicable, como ya se ha expresado. Lo planteado en el presente litigio es una cuestión previa a la ejecución de esas garantías, como es la calificación del crédito garantizado.

En este recurso, a la vista de la normativa aplicable, solo procede verificar si alguna o algunas de las pignoraciones de créditos realizadas para garantizar el crédito de la AEAT frente al Deportivo de La Coruña que el informe de la administración concursal ha calificado como privilegiado especial, es resistente al concurso, esto es, si el crédito o créditos futuros sobre los que están constituidas las garantías nacen gravados en el seno del concurso o, por el contrario, se integran en la masa activa sin gravamen alguno. Si se considerara que alguna de estas pignoraciones es resistente al concurso, el crédito garantizado tendrá la calificación de crédito con privilegio especial y no procederá estimar la impugnación formulada por el Deportivo de la Coruña ni, consecuentemente, modificar el informe de la administración concursal.

…

En la sentencia 186/2016, de 18 de marzo, declaramos que la solución a la cuestión de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros debía encontrarse en los dos primeros incisos del artículo 90.1.6º de la Ley Concursal y la mención genérica que esta hacía a la prenda de créditos. Conforme a estos incisos, «son créditos con privilegio especial: […] Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados». No es por tanto preciso acudir a una «interpretación correctora» del último inciso del artículo 90.1.6º, que fue añadido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que no se refiere a la prenda de créditos futuros, pues basta con aplicar los dos primeros incisos del precepto.

4. En esa sentencia, tras recordar lo que habíamos declarado en las sentencias 125/2008, de 22 de febrero, y 650/2013, de 6 de noviembre, invocadas por el recurrente, con relación a la cesión de créditos futuros, afirmamos:

«[…] la admisión de la cesión de créditos futuros va pareja a la admisión de la pignoración de créditos futuros, sin perjuicio de la distinta relevancia con-

cursal derivada de los diferentes efectos generados con la cesión de créditos y con la pignoración de créditos. Si se admite la validez de la cesión de créditos futuros y su relevancia dentro del *concurso de acreedores*, siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, bajo las mismas condiciones deberíamos reconocer el privilegio especial del artículo 90.1.6º LC a la prenda de créditos futuros: siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente de los créditos futuros pignorados.

«Esta solución jurisprudencial que aflora bajo una normativa —anterior a la Ley 40/2015, de 1 de octubre— en la que se reconocía explícitamente el privilegio especial de la prenda de créditos, siempre que constare en documento con fecha fehaciente, sin que existiera mención expresa a la prenda de créditos futuros, viene a coincidir con la solución aportada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, al regular expresamente la prenda de créditos futuros en el artículo 90.1.6º LC».

5. La consecuencia de lo expuesto es que los créditos de que era titular la AEAT frente al Deportivo de La Coruña que estaban garantizados con una prenda de créditos futuros no existentes en el momento de declararse el concurso, pero que derivaban de contratos concertados o de relaciones jurídicas existentes antes de la declaración del concurso, han de considerarse resistentes a este y otorgan a tales créditos la calificación de créditos con privilegio especial, aunque el crédito pignorado haya nacido tras la declaración de concurso.

…

8. De lo expuesto resulta que, con independencia de que en la ejecución de las garantías pignoraticias se precise el ámbito de su objeto y hasta qué cantidad queda cubierto el crédito, a efectos de la calificación de los créditos, la calificación de crédito con privilegio especial realizada por la administración concursal es correcta, pues consta que al menos varias de las prendas constituidas son resistentes a la declaración de concurso, por cuanto que los créditos pignorados han nacido de contratos o relaciones jurídicas preexistentes a la declaración de concurso.

9. El Deportivo de La Coruña, en su demanda incidental, centró su impugnación de la lista de acreedores en tres fundamentos: i) las garantías prestadas no estaban suficientemente determinadas, lo que impedía su eficacia; ii) al recaer las prendas sobre créditos futuros, no eran resistentes al concurso; y iii) los derechos de prenda se han extinguido por cumplimiento de la condición resolutoria a que se sometían (p. 6 de la demanda). Y respecto de la primera de las escrituras de constitución de garantías, la propia AEAT, para cobrarse las deudas afectas a la garantía, no ejecutó esta sino que embargó los créditos sobre los que recaía….

10. Respecto del primero de los fundamentos de la demanda, los negocios jurídicos de constitución de las prendas, documentados en las primeras escrituras otorgadas y en las que posteriormente las subsanaron y completaron, determinan con suficiente precisión los caracteres de identificación de los créditos pignorados, de modo que pueden identificarse las relaciones jurídicas y contratos de los que nacerán los créditos futuros pignorados, sin necesidad de realizar ningún acto complementario por parte del pignorante ni del acreedor pignoraticio. Esto es, el objeto de la pignoración puede ser determinado «sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes» (art. 1273 del Código Civil)…

No es que la notificación al deudor o la inscripción en el Registro de Bienes Muebles constituyan, en todo caso, requisitos para que, conforme al artículo 90.1.6º de la Ley Concursal, las prendas de créditos futuros sean resistentes al

concurso. Pero sí coadyuva a que se considere que los créditos pignorados están suficientemente identificados.

11. Respecto de la extinción de la prenda por cumplimiento de la condición resolutoria, la alegación no puede ser estimada porque no existe tal condición. Que la prenda se constituyera para garantizar una deuda tributaria aplazada no supone que la extinción del aplazamiento extinga la prenda. Por el contrario, la exigibilidad de la deuda por la extinción del aplazamiento justificaría, en todo caso, la posibilidad de ejecutar la prenda.

Que la AEAT haya optado en algunos casos por embargar algunos de estos créditos en procedimientos de apremio no supone que la prenda esté extinguida ni le impide sostener el carácter especialmente privilegiado de su crédito, porque no supone una renuncia al derecho de prenda…».

Adviértase como el punto 10 del fundamento tercero focaliza la fehaciencia de la constitución de la prenda de créditos futuros de un modo conciso y claro, a saber, «No es que la notificación al deudor o la inscripción en el Registro de Bienes Muebles constituyan, en todo caso, requisitos para que, conforme al artículo 90.1.6º de la Ley Concursal, las prendas de créditos futuros sean resistentes al concurso. Pero sí coadyuva a que se considere que los créditos pignorados están suficientemente identificados».

Una cosa es garantizar créditos futuros y otra bien distinta que se entreguen en garantía prendaria créditos futuros en garantía de cualesquiera clase de obligaciones sean estas presentes sean futuras[46]. La cuestión problemática se presenta además no ya en torno a la efectividad y eficacia concursal de estas pignoraciones sino *ex ante,* en su configuración y forma, dado que en nuestra práctica, conviven diferentes configuraciones, de la prenda de créditos por lo que frente a las de derecho común nos encontraremos también con prendas bajo el genérico y no muy bien delimitado por la doctrina paraguas de las «garantías financieras», las prendas de créditos conforme a la regulación civil catalanas, pero, finalmente también ante prendas registradas (prendas sin desplazamiento sobre créditos futuros).

La finalidad de la prenda, como de cualquier otra garantía real mobiliaria, hoy igual que ayer sigue siendo idéntica, esto es, aumentar la probabilidad de satisfacción de la obligación principal garantizada, y esa satisfacción procede bien induciendo al otorgante pignorante a reembolsar la obligación, bien aplicando, en último caso, el valor del bien o derecho, activo, etc., pignorado a la maximización satisfactoria de aquella obligación. Y si la finalidad principal de la garantía real sigue siendo incólumemente esta, lo que toca, es articular instrumentos idóneos y adaptados a la nueva realidad que el mercado no solo exige, sino que está ya imponiendo desde la atipicidad y la mímesis con otras prácticas e instituciones jurídico reales foráneas, toda vez que las barreras y las fronteras se diluyen y aproximan los ordenamientos.

¿Dónde están los límites ante las imposiciones prácticas de las entidades financieras máxime cuando de obligaciones asegurables futuras hablamos y créditos futuros exigimos?[47] ¿Qué y dónde radica la efectividad y oponibilidad por ejemplo de pignoración de créditos futuros, en la fecha de constitución primiginea de la póliza de pignoración o en el momento de nacimiento efectivo del propio crédito que ya nace pignorada? ¿*Quid* si la persona del garante y el deudor son distintas?, ¿cómo alcanza en este supuesto la finalidad extensiva de un marco contractual garantizador en el que todo crédito queda indefectiblemente pignorado? ¿Ha de responder la garantía futuro a una identidad causal (*ex eadem causa*) en todas las obligaciones o créditos que surjan entre las partes o por

el contrario estas pueden responder a cualquier marco obligacional por el que resulten créditos?, qué decir igualmente de la posibilidad de constituir garantías reales sobre pretensiones indemnizatorias que sustituyan alas originarias o primigeneas en caso de incumplimiento de la prestación principal contractual, ¿cabe tal subrogación de un modo automático?, ¿por qué no sería admisible la pignoración de una pretensión dimanante de una indemnización de daños y perjuicios consecuencia del incumplimiento de un contrato?, ¿*quid* de la cesión plena o en prenda de los derechos de cobro frente a la administración pública, significativamente, los certificados de obra pública ejecutada?[48]. Mas también pensemos en aquellas subvenciones o ayudas públicas concedidas a las empresas y que estas descuentan ante una entidad o constituyen sobre la misma una prenda? Incluso en subvenciones que están en trámite de concesión con el riesgo a futuro de un incumplimiento total por parte del beneficiario de la misma?, ¿los créditos frente a la Hacienda ante la devolución de ciertos impuestos? No solo la prenda sobre crédito futuro se puede constituir sobre una obligación única y de tracto único, sino también ante créditos integrantes de una relación sinalagmática y que se plasma en el lado activo de la posición jurídica del cedente, así pensemos los créditos por responsabilidad patrimonial de la administración que son causa de una resolución de un contrato de concesión, o los créditos representados por certificación de obra, los créditos por derecho deportivos o audiovisuales de determinados deportistas.

La prenda que se puede constituir por un justiprecio de una expropiación aún pendiente, la prenda sobre un crédito indemnizatorio de un seguro contra daños o de responsabilidad civil, piénsese en el seguro de crédito por insolvencias. Los créditos futuros que son reflejo del derecho de explotación de una patente, de un derecho de autor, etc. Mas nada impide que la prenda pueda recaer sobre bienes o derechos que no son fruto de un contrato o que nazcan de un vínculo causal ajeno a un contrato, sino por ejemplo de una subvención, o de un acuerdo societario a la hora de repartir beneficios, de un cuasicontrato o como consecuencia de una responsabilidad aquiliana. Heterogeneidad de fuentes, diversidad de créditos futuros como objeto de una prenda o, en su caso, y por disposición legal, de otra figura garantoria, como acaece por ejemplo con derechos cinematográficos o de explotación cinematográfico que *secundum legem* es susceptible de hipoteca mobiliaria pero no de prenda. Créditos futuros eminentemente pecuniarios pero sin que haya obstáculo alguno a que los mismos no sean de naturaleza dineraria[49]. Como bien se ha advertido y siendo consciente que, mayoritariamente, los créditos a pignorar anclan su base en un contrato-fuente, debe deslindarse o superponerse de un lado, lo que es un posición creditual o contractual plena de lo que son derechos diferentes y sucesivos que pueden manar de aquella. A modo de ejemplo, una cosa es dar en garantía mobiliaria una marca, en realidad una hipoteca mobiliaria que no prenda, y otra diferente dar en prenda o constituir prenda sobre créditos ciertos derechos que integran la posición activa del titular de la marca o del titular por ejemplo de unos derechos de autor[50].

Créditos futuros y por tanto pignorables con independencia de su naturaleza eminentemente privada o, por el contrario, pública. Es la enajenabilidad la nota esencial que marca la susceptibilidad pignoraticia. Ahora bien, ¿cuándo nace el crédito? Conviene observar muy de cerca dos sentencias que anteceden a la última del Supremo de 18 de marzo de 2016 sobre este ámbito, el de la prenda de créditos futuros. A saber, la sentencia de 22 de febrero de 2008 y la de 6 de noviembre de 2013. Así afirma la sentencia de 2016 como: «…al menos en los casos en que se hubiera celebrado ya el contrato o estuviese ya constituida la

relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, el crédito en cuestión … «nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición del patrimonio».

El contrato marco o contrato fuente de un crédito pignorable puede residenciarse en un ámbito estricto privado como por su parte, público. El que administrativa se requiera ciertas autorizaciones o consentimientos, no empece la pignorabilidad del crédito. Piénsese por ejemplo en la hipoteca de una concesión administrativa y en la que es obligada la autorización de autoridad administrativa[51]. El supuesto de hecho que ha dado base a la importante sentencia del Supremo de 18 de marzo de 2016, versaba sobre la prenda de los derechos de crédito correspondientes a la venta y entrega a Iberdrola de la energía producida en una instalación foltovoltaica para la que la entidad financiera había concedido un préstamo para financiar la adquisición o compra de la misma así como su puesta en funcionamiento de cara a producir energía eléctrica. Prenda se constituye ulteriormente a la concesión del crédito con casi dos años de diferencia. La prenda se notifica a Iberdrola mediante diligencias (dos) de febrero de 2010. En mayo de 2012 la deudora fue declarada en concurso de acreedores. La prenda de créditos futuros tenía por objeto el precio que Iberdrola pagaría al deudor prendario por la compraventa de la energía eléctrica producida por la instalación fotovoltaica.

No es precisamente la pignoración de créditos frente a la administración pública, máxime la prenda de una cartera de los mismos, sea a través del certificado de obra, sea a través de otros eventuales derechos de crédito una cuestión sencilla ni exenta de casuística amén de problematicidad. De un lado por la propia responsabilidad patrimonial del Estado y por tanto de sus entes públicos, de otro, porque las mismas, las administraciones públicas, no concursan, con lo que la afección creditual por parte de estas y su garantía de pago, vía presupuestos, puede ser un bien aliciente para la pignorabilidad de los créditos públicos cedidos por contratistas o empresarios que contratan y subcontratan con la administración. Por ahí han ido los derroteros de la última de las reformas que ha experimentado el artículo 90.1.6º de la norma concursal, y donde los créditos frente a concesionarias han terminado por abrir y tener su hueco en la ley concursal. Créditos privados conviven con créditos públicos perfectamente pignorables en tanto en cuanto los mismos tengan condición de enajenabilidad. Esta ha sido quizás la razón axial de esta enésima reforma del artículo 90.1.6º concursal, ante la crisis que han padecido las concesionarias de autopistas. Como es sabido el contrato de concesión de obra pública, contrato administrativo, se resuelve ministerio legis, en caso de declaración concursal de la concesionaria[52]. Surge el derecho vía legal del concesionario a la devolución de las inversiones acometidas para desarrollar la infraestructura viaria. Inversiones no precisamente pequeñas. Así reza el artículo 271 del texto refundido de la ley de contratos del sector público, en cuyo articulo 223 b) regula la resolución. El contrato de concesión se perfecciona como es lógico antes de un concurso. No está concursada la concesionaria, otra cosa es la inminencia. La prenda sobre estos créditos es por tanto inmune, resistente, al concurso.

Pero al margen del ámbito material de la responsabilidad patrimonial las mismas dificultades que se producen en la cesión de créditos privados u ordinarios, no queda exenta en estos casos de créditos frente a las administraciones. Se ha discutido en la doctrina, pero sobre todo en la jurisprudencia contencioso administrativa el alcance material de la cesión del crédito, en nuestro caso, de la

cesión limitada. Así, no solo la prenda abarca el montante del crédito principal, sino que también afectaría y daría derecho al cobro de los intereses que el mismo eventualmente pudiere producir

En la regulación primera de la norma, el detalle descendía hacia una facilidad formal absoluta a la hora de constituir la garantía de modo que quedase constancia de la misma en documento con fecha fehaciente. No había ni intromisiones ni derogaciones singulares en lo atinente a la prenda de créditos. Tampoco limitaciones y la creatividad y ampliación encadenada de garantías sobre créditos era tan libre como absoluta, prendas globales de créditos futuros que englobaban un patrimonio y quizás una sobregarantía excesiva se hacía con total permisividad y sin que nadie o solo muy pocos blasonasen —blasonásemos— algunas voces en contra ante esta práctica.

El supuesto práctico no es difícil de encajar ni de imaginar, pues no serán pocos los empresarios o deudores que como principal activo de su objeto y actividad empresarial esté constituido por créditos futuros que al pignorarse a favor de una entidad financiera o cualesquier otro tipo de acreedor acabasen por inmunizar a este acreedor con cargo a un desvalijamiento o vaciamiento patrimonial que solo iría en detrimento, primero del resto de acreedores, sobre todo los de peor posición concursal, y segundo, del propio deudor que como efecto de obligaciones colaterales de la garantía pignoraticia encadenaría todo su patrimonio creditual a la afección de la garantía mobiliaria.

En este sentido traemos a colación la importante sentencia del Tribunal Supremo si bien de la Sala de lo civil que dirime precisamente la cuestión de cesión de créditos frente a la Administración pública, de 22 de febrero de 2008 *(RJ* 2008, 3048) en el que una sociedad contratante con la Administración, en este caso frente al Ministerio de Fomento, la Dirección General de Carreteras y que se cede por póliza a una entidad bancaria, póliza que determina y especifica la cesión total del importe, se cede con la finalidad «de que cuantas cantidades perciba el Banco como consecuencia de la cesión las destine dicha entidad bancaria al pago, hasta donde alcance, de los saldos resultantes, por todos los conceptos, de las pólizas de préstamo y negociación de documentos mercantiles, responde el cedente de la existencia y legitimidad de crédito. Además el crédito se cede con todos sus derechos accesorios y las acciones que del mismo resulten. Finalmente en la póliza se pacta que el cedente se compromete a endosar al Banco las certificaciones que reciba de la obra a que se refiere la presente cesión de crédito. Por último se requiere al notario para que notifique la cesión al Servicio de Contratos de la Secretaría General de la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento, requerimiento que se aceptó, y se llevó a término. Posteriormente el cedente y contratista frente a la Administración suspende pagos. El Tribunal Supremo señala en su fundamento tercero[53]:

> «(…) Esta Sala, que comparte a la postre la solución a que ha llegado la de instancia, entiende que ha de matizar el razonamiento que Juzgado y Sala de apelación han utilizado, con mayor precisión en la segunda instancia, para rechazar la pretensión de la ahora recurrente. No solo es posible la cesión de créditos futuros (art. 1271 I del Código Civil), sino que también lo es la de los créditos integrantes de una relación obligatoria sinalagmática, como es el contrato de obra, cesión que afectaría solo al lado activo de la posición jurídica del cedente, a cuyo cargo permanecerán las obligaciones en que consista la contraprestación (pues estas requieren el consentimiento del acreedor para ser transmitidas,

> conforme a lo dispuesto en el art. 1205 del Código Civil). Las cesiones de créditos futuros (llamadas «cesiones anticipadas») exigen para su eficacia, como se ha dicho por autorizada doctrina, «que los caracteres definitorios del crédito de que se trate resulten adecuadamente determinados, a más tardar en el momento de nacimiento del mismo, sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes (art. 1271 del Código Civil), aunque no es indispensable que cuando la cesión anticipada del crédito se concluya se haya ya realizado el contrato o surgido la relación jurídica de la que nacerá el crédito en cuestión, ni que esté entonces determinada la persona del futuro deudor». Al otorgarse la cesión anticipada, el cedente pierde, desde luego, el poder de disposición sobre el crédito, y una eventual cesión posterior sería ineficaz. La efectiva transferencia solo se producirá en el instante del nacimiento del crédito, sin que se requiera un ulterior negocio jurídico ni un acto de entrega o «quasi traditio» específico, y el crédito se transferirá al cesionario con el contenido con que efectivamente nazca. Aunque el tema ha sido discutido, al menos en los casos en que se hubiera celebrado ya el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, el crédito en cuestión —según la opinión doctrinal que parece más fundada— «nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición del patrimonio». El deudor cedido (en nuestro caso, la Administración) podrá oponer al cesionario todas las excepciones derivadas de su contrato bilateral con el cedente, y entre ellas la *exceptio non adimpleti contractus*, en tanto que habrá que reconocer que la facultad de resolver, en los términos en que se configura en el artículo 1124 del Código Civil, corresponde al cesionario, aunque este extremo haya provocado fuertes dudas en la doctrina. En el caso de autos, a juzgar por la misma documentación que se acompaña en la escritura, ha surgido ya a la vida jurídica la relación jurídica entre el acreedor cedente (contratista) y el deudor (la Administración). De modo que, desde el punto de vista del Derecho civil, habría que dar validez y eficacia a la cesión del crédito, en cuanto acto de disposición que, entre otros efectos, verificará la transferencia del crédito, en cuanto nazca, a favor de la entidad cesionaria, pero, claro está, ello depende de que la obra haya sido realizada, pues se trata de un crédito inserto en una relación sinalagmática, con prestaciones a cargo del acreedor cedente, que es a su vez deudor, y de un pago a cuenta que es exigible en la medida en que se haya ejecutado la obra».

Huérfanos de explicaciones, así como de toda bondad o no de la norma, lo cierto es, que la reforma de 2011 evidenciaba una auténtica distorsión por su incomplitud gramatical y su ambigüedad pasmosa al no calibrar ni determinar con la precisión y concreción que se requiere el objeto del supuesto de hecho. ¿Qué es lo que ese está garantizado y causalmente de dónde y cuándo nace? La absoluta falta de precisión lingüística en el redactado del artículo 90.1.6º de la norma concursal no hace sino emponzoñar aún más las cosas, arrojar dudas interpretativas y evidenciar una realidad más que factible, cortocircuitar la posible y futura financiación de una empresa en dificultades, por mucho que se gane en intangibilidades de la masa y espurias explicaciones de mayor posibilidad de que otros acreedores puedan cobrar[54]. Tal y como está redactado el precepto

una entidad de crédito que financia al deudor concursado, difícilmente seguirá haciéndolo si se menoscaban sus garantías, máxime pignoraticias, tales como aquella que grava, pignora los créditos futuros en los que el deudor concursado fuese a su vez acreedor y que ahora pignora a favor de su acreedor financiero[55]. Mas las carencias que evidenciaba la reforma de 2011 llevó a la confrontación doctrinal, como antes hiciera el artículo 86.7 a propósito de las fianzas, sobre el alcance y la resistencia ilimitada o no al concurso de la prenda que sí tiene base registral, desagregando y desinvidualizando el valor de la prenda de créditos en función de si está inscrita o no. No olvidemos como la sentencia de la Audiencia de A Coruña de 22 de abril de 2014, a propósito de un club de futbol dejó sentado por lo que se refiere a la prenda de créditos futuros que « … no sería más que reconocer que la prenda de créditos futuros inscrita goza de resistencia ilimitada al concurso de quien los cedió en garantía, que desconsidera de modo tan radical los intereses de los acreedores ordinarios del concursado, incluidos los que adquirieron dicha condición antes de que la prenda de créditos futuros estuviera inscrita, por lo que no puede encontrar su fundamento en la publicidad de la garantía». En el caso el acreedor prendario sí había inscrito la prenda de créditos futuros en el registro mobiliario, pero antes de que el deudor pignorante hubiere sido declarado en concurso de acreedores.

Mas tal y como se redactó en 2011 y aunque ahora la reforma de 2015 cambiase las tornas, no podemos ignorar que durante cuatro años se permitió un *status quaestiones* que tratarán, posiblemente, en algunos casos de resolver los tribunales y que seguirán a buen seguro la estela de la sentencia del Supremo de 18 de marzo de 2016, mas conforme a la hoy derogada regulación conviene dar respuesta a interrogantes como: ¿a qué créditos futuros se está refiriendo la dicción del artículo 90.1.6º? ¿los pignorados por el propio deudor concursado, o a los créditos futuros de los que es titular el acreedor prendario frente al deudor común? ¿Cuál es el bien futurible en realidad para la norma concursal? ¿el bien dado en garantía o por el contrario la obligación garantizada? Si leemos con detenimiento y después de hacerlo en repetidas ocasiones, salta la duda de la ambigüedad y la falta de finura jurídica y determinación, pues qué es lo que se pignora en el futuro, el crédito pignorado o el crédito garantizado?[56]. Piénsese además que la ineficacia o no de tales prendas presenta un talón de debilidad, cual es, el posible juego del derecho de rescisión del artículo 71 concursal. Una resolución en interés del y por el concurso que puede desbaratar tamañas prendas. Así, conocidos y perimetrados ya en la nueva dicción del artículo 90.1.6º concursal de los requisitos de validez y por ende de eficacia de una prenda de créditos futuros el test de resistencia crucial es la entrada en escena de una posible rescisoria del artículo 71 como el cuestionamiento mismo de prendas de marcado carácter «holístico» y atrapalotodo que devoran o desvalijan o apalancan gran parte sino todo, el patrimonio del deudor sin poder servir este de garantía para otras financiaciones o en su caso, operaciones sean de carácter financiero o comercial. Pues en estos casos, la constitución de una garantía de tamaña amplitud y vinculación presenta y futura de cualesquier créditos o bienes que garantizan al acreedor, ¿acaso no se produce una suerte de «perjuicio» para el concurso? Por aquí, por estos caminos ha ido la sentencia del Supremo de 24 de junio de 2015, y en la que las partes pactaron (*vid.,* fundamento de derecho quinto) que «los créditos disponibles, a consecuencia de las futuras ventas, debían servir, en primer lugar, con carácter expreso y prioritario, para satisfacer las obligaciones dimanantes del préstamo novado, esto es, al pago de cada una de las liquidaciones del presente préstamo».

Acaso todo crédito futuro que surja en el patrimonio del deudor pignoraticio/pignorante no son activos de la masa patrimonial? ¿qué límites tiene o debería tener, más allá del explícito pero parece que *invisible* de las «sobregarantías» del artículo 88 del TRLGDCU, la constitución de garantías reales omnibus con total ignorancia y cuasi relegación subordinatoria a todo el resto de potenciales y concurrenciales acreedores concursales e incluso no concursales de un deudor que acepta o se le imponen semejantes cláusulas?, ¿hasta qué punto una prenda omnibus o una prenda de créditos futuros no es un acto o contrato de privación cuando no sustracción de activos potenciales al resto de acreedores sin que se mensure proporcional ni determinadamente el límite de la cobertura garantoria a favor del acreedor prendario?[57]. Sin duda el riesgo de estas prendas no es otro que el de la desvirtuación sistemática de la prenda y con ella el apalancamiento arbitrario y unilateral del patrimonio a favor de un acreedor[58].

Cómo la anclamos ante el deficitario panorama normativo, máxime cuando no es una figura excesivamente compleja, pero que presenta grandes dudas de actuación cuando se producen o se entra en la fase dinámica de la garantía. Cómo profundizamos en la misma cuando está plagada de especialidades y peculiaridades propias de los créditos, y siguiendo con el ejemplo de la pignoración de créditos, piénsese a modo de ejemplo en una prenda de créditos futuros y una situación concursal, ¿qué sucede con la prenda de créditos futuros o los que derivan de contratos bilaterales pendientes de ejecución?, ¿nos sirve la regulación que establece la normativa concursal en los artículos 61 a 63 en este supuesto?, acaso, el ejercicio de la facultad de cobro, realización en suma de la garantía, por parte del acreedor prendario en una prenda de créditos ¿no es sino una manifestación de una compensación o imputación impropia?[59], ¿es que es lícito y plausible que un crédito futuro nazca ya pignorado?, ya no estamos tan solo ante problemas de falta de publicidad o cierta clandestinidad de las garantías reales, sino ante una situación en la que el deudor compromete y grava parte o todo su patrimonio no ya presente sino también futuro. Y lo hace incluso antes de que obtenga crédito, o más financiación, pues esto es lo que sucede cuando se otorga una garantía global o una garantía *pro futuro*.

¿Hasta dónde tolerar ilimitadamente el endeudamiento patrimonial no ya presente sino futuro del patrimonio de un deudor?, este no puede vincularse ni ser rehén indefinidamente de un acreedor, al derecho le repugnan las vinculaciones perpetuas; tampoco una obligación puede tener un importe o cuantía sin determinar. ¿Cómo acotar los abusos de un sobreaseguramiento y los excesos de un sobreendeudamiento?, ¿qué valor siguen teniendo axiomas irrefutables hasta hace bien poco del derecho de obligaciones que primaban no ya la autonomía de la voluntad, sino el interés público, los principios de determinación de las obligaciones, la proscripción del arbitrio a una sola de las partes contratantes, etc.?

Admitir en barbecho cláusulas ambiguas y concatenadas que juegan no ya con obligaciones presentes y futuras que se garantizan sino con créditos también futuros que aun no han nacido y que para cuando surjan efectivamente ya estarán pignorados a favor de un acreedor, normalmente único, que atrapa y devora lo mejor de un patrimonio, abre las puertas al abuso, a la vinculación perpetua de las partes y a un desvalijamiento patrimonial gravísimo por parte del deudor cuyo patrimonio queda encadenado y prolongado a un acreedor y a las obligaciones contraídas o por contraer con el mismo y en el peor de los casos sin haber fijado una cuantía máxima o umbral de «responsabilidad» efectiva de máximo como garantía. La autonomía de la voluntad, ausente de moralidad pública, no lo ampara todo. No debería hacerlo. Menos vincular y encadenar tiempos y patrimonio.

Nadie puede estar vinculado indefinidamente y nadie puede estar encadenado con la totalidad de su patrimonio a unas obligaciones, estén determinadas o por determinar, hayan nacido o todavía lo fueren a *pro futuro*. La escapatoria es unidireccional, umbrales o límites máximos de responsabilidad garantoria.

Tomar la navaja de Ockam, cortando y distinguiendo, laminando y podando para destilar finalmente un *corpus* jurídico y normativo nítido y claro, objetivo y transparente que sitúe cada figura jurídica en el engranaje que le corresponda y que sea capaz de segregar y deslindar las fronteras a veces poco porosas entre unos institutos y otros que aproximan sus finalidades y funciones si bien con naturalezas jurídicas divergentes. Pero cuidado con las simplificaciones, con las amputaciones, con las liviandades que acaben desnaturalizando jurídicamente una garantía real mobiliaria[60]. Una prenda es una prenda *strictu sensu*, no una compensación, no un factoraje, no una cesión pro solvendo. Tampoco una subrogación, aunque no serán pocos ni extraños los supuestos donde por el principio de subrogación acaban naciendo o desembocando en prendas de créditos, como por ejemplo en el contrato de seguro (*ex* arts. 42 y 43 de la Ley de contrato de seguro), o, supuestos más tangibles como es la expropiación de una finca hipotecada y sobre el justiprecio se constituye *a natividate* una prenda de créditos.

Superar barreras, facilitar la concesión y el coste del crédito, la publicidad y transparencia que mitigue el fenómeno de las garantías ocultas, la realización eficiente de la garantía sin tener que acudir y trasladar a las modernas garantías reales las depuraciones doctrinales y conclusiones perfiladas a propósito de las garantías digamos clásicas. Superar trabas dogmáticas y una interesada y acomplejada confusión de figuras que en el fondo responden a una misma funcionalidad y finalidad. Una superación que debe pivotar en un arquitrabe claro y preciso, a saber, un eficiente sistema registral de las garantías reales que desplace definitivamente la publicidad de la posesión por la publicidad de la inscripción registral de la garantía. Pero además un sistema que generalice y atrape toda garantía real de base mobiliaria, corporal o incorporal. Enquistarse en falsos e intransigentes dogmatismos puede ser igual de pernicioso que pendular hacia el extremo contrario.

Durante mucho tiempo se han anatematizado ciertas garantías reales por su clandestinidad, por su opacidad, por su falta de publicidad, pero ¿por qué en el derecho alemán figuras como la reserva de dominio y la transmisión en garantía, *strictu sensu* no son garantías reales, resisten no solo la falta de publicidad si no que son las figuras más frecuentemente utilizadas y generalizadas? Sin embargo la experiencia norteamericana bascula hacia un registro y donde la publicidad es el nervio mismo del artículo 9 UCC para cualesquiera garantías mobiliarias[61]. Hemos olvidado que también el artículo 1865 de nuestro Código Civil cumple una finalidad de forma *ad utilitatem*, finalidad que busca erradicar comportamientos estratégicos y oportunistas, pero sin duda, también evitar conflictos que plantearán el resto de acreedores que buscan tutelar sus créditos dentro de un patrimonio no pocas veces deficitario e insolvente.

Pero frente a la fácil, recurrente y tal vez superficial crítica de la falta de publicidad de garantías reales, acaso no debemos preguntarnos si no sería más útil un registro público de solvencias que seguir emponzoñando un sempiterno debate en torno a la publicidad o no de las garantías. ¿Qué debe primar el conocimiento de la garantía real *strictu sensu* y su perfección o por el contrario el grado de solvencia actual y en todo momento de un deudor si es que es posible semejante cognoscibilidad? Saber realmente qué papel juega, si es que lo juega, el axioma de la responsabilidad patrimonial universal, ese implícito y a la vez explícito poder

de agresión genérico que en teoría tiene todo acreedor por virtud del dictado del artículo 1911 del Código Civil, ¿qué fuerza real tiene, qué tipo de norma es, imperativa, inderogable, de mínimos, o meramente principial? La responsabilidad de un patrimonio global es un *totus*, un deseo y desiderátum previo y antecedente a la constitución *per se* de la garantía misma, pero difícilmente ejecutable en la realidad habida cuenta del vigor real de los cumplimientos subsidiarios.

No podemos ignorar la resistencia para cualesquier acreedor no prendario o incluso prendario si la garantía es pospuesta temporalmente que suscita una cláusula *omnibus*, global, etc., máxime de créditos futuros. La licitud y admisibilidad de la misma, guste o no, puede cuestionarse, más allá de las preferencias y exigencias de las propias entidades financieras. El límite como ya hemos manifestado en más de una ocasión es la posibilidad de desvalijamiento del patrimonio de un deudor a favor de un único acreedor que prácticamente se blinda e inmuniza frente a cualesquiera otras pretensiones del resto de acreedores.

Pero la norma discrimina en función de un hecho, el nacimiento efectivo del crédito sobre el que gravita la afección prendaria, no de la relación jurídica que da pie u origen al nacimiento de ese o sucesivos créditos, máxime en contratos continuados o de tracto sucesivo. Si el crédito futuro nace antes de la declaración concursal, su pignoración no solo es válida sino también su clasificación concursal como privilegiado.

Tanto antes como ahora en el momento de constituir una garantía prendaria sobre créditos preocupaban sobre todo al acreedor, pero también al deudor concursado posteriormente, el alcance, contenido, eficacia y fuerza de esta garantía en caso de insolvencia del deudor. Dejemos al margen la propia aleatoriedad cual incertidumbre y probabilidad misma del nacimiento del propio crédito[62]. Pocos, salvo quiénes la práctica diaria ponía sobre aviso se preocupaban por conflictos de leyes que podían suscitarse en torno a la garantía pignoraticia. Con la reforma, y al socaire de no pocos pronunciamientos jurisprudenciales de ámbito concursal, sí se ha suscitado el debate en torno a la eficacia real de una prenda holística de créditos futuros, toda vez que se produce ya el auto que declara el concurso y que venía tamizado por la actuación de la administración concursal de cara a resolver o rehabilitar cierto tipo de obligaciones, y en nuestro caso, las que atañen a los créditos futuros pignorados y el momento efectivo y real de esa pignoración, si el constitutivo de la primigenia relación prendaria con extensión ómnibus a toda suerte de créditos determinados de un modo u otro, o el del concreto y efectivo nacimiento del crédito.

Hasta el momento presente si un deudor constituía una garantía prendaria sobre créditos unos ya nacidos y otros futuros, la solución pacífica y tolerada por todos, era la afección real y cierta de los ya nacidos y a medida que iban naciendo los futuros, quedaban *ipso iure* afectos a la garantía prendaria. A nadie hasta el momento ha parecido inoportunarle en demasía la carencia de un registro real y efectivo de garantías mobiliarias, público por supuesto, y no administrado de valores privados como es en definitiva los que llevan los valores anotados en cuenta. Y la problemática además se suscitaba entorno a la tangibilidad o no de esos activos a la hora del concurso, pues esos créditos que nacían efectivamente después de la declaración concursal ¿estaban integrados en la masa activa y por tanto el acreedor prendario no podía hacer valer su privilegio especial, o por el contrario sí quedaban igual que los créditos nacidos antes de la declaración concursal al privilegio del artículo 90?

La reforma concursal de octubre de 2011 evidenció además una realidad incontestable, la existencia paralela de prendas de créditos inscritas y la existencia

de prendas de créditos constituidas conforme al derecho común y sin ningún tipo de publicidad registral, no por ello ocultas, pero sí en cierto modo con una publicidad limitadísima si las mismas constan a través de escritura pública, toda vez que la ley concursal reconocía y sigue haciéndolo pues en esto no ha sido derogado por la reforma, la oponibilidad siempre que la prenda de créditos conste en un documento con fehaciencia. El tamiz de la publicidad registral será determinante de cara a la admisibilidad sin fisuras de prendas de créditos casi sin límite cuantitativo y temporal, pre y post concursal.

En efecto, si una prenda de créditos aun futura o mixta que combine ya créditos nacidos presentes por tanto y créditos futuros o *nasciturus* y por nacer, si los parámetros de concreción de la misma y determinabilidad del crédito en cuestión ya consta registralmente, la eficacia y oponibilidad *erga omnes* es total, como también el blindamiento preferencial que le brinda el artículo 90 de la ley concursal al otorgarle una causa de preferencia negocial de carácter especial. Por el contrario si la prenda de créditos no se inscribe en ningún registro mas siendo perfectamente válida, la resistencia frente al concurso no es tal, dado que el legislador hace bascular los efectos de su extensión, contenido y eficacia en función de la publicidad que, en este supuesto se adolece de la misma.

Indudablemente la inmunidad de una prenda sobre créditos tras la redacción dada al artículo 90.1.6º en su reforma de 2015, exige y requiere que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración. Sin relación jurídica subyacente la existencia misma de la prenda de créditos frente a la realidad concursal queda diluida. Se exige una preexistencia, una retroactividad, tal y como en su momento dictó la sentencia del Supremo de 22 de febrero de 2008, de modo que el crédito nacerá inmediatamente en la cabeza del cesionario, con base y sobre la base de la expectativa de adquisición ya transmitida. Ahora bien, en qué momento exacto nace el crédito que se pignora y en qué momento se produce la declaración concursal? No cabe duda que para el contrato de prenda sobre crédito futuro el momento relevante no es otro que perfectivo, el momento de la constitución de la prenda. Por el contrario, a efectos concursales, la prenda en un procedimiento concursal apreciar y valorar la futuridad del crédito es el de su existencia en el momento de la apertura del concurso de acreedores[63].

No cabe duda que el momento perfectivo de la relación fuente o marco causal de los futuros créditos que se pignorarán marcará la resistencia o no de la prenda frente al concurso y su revestimiento privilegiado. La retroactividad pues de la resistencia o inmunidad de crédito privilegiado dependerá de si el mismo es o no vencido al momento de la declaración concursal. No hay una retroactividad absoluta sino limitada, simple. La futuridad se cercena, como es lógico para evitar el desvalijamiento patrimonial del deudor. El vínculo tiene que estar perfeccionado al tiempo del concurso pues de estar pendiente de su nacimiento o constitución al tiempo del concurso solo conduce al extrañamiento privilegiado. Perfeccionado la relación fuente o contractual los créditos nacen pignorados con eficacia real frente a terceros[64].

Es evidente que un crédito pignorado que era futuro cuando se constituyó pero que está vencido en el momento de la apertura concursal, es un crédito presente y no futuro, al margen de la exigibilidad o no del mismo. Estaríamos ante un crédito presente, real, y que como tal es oponible y resistente al concurso. Aquellos créditos futuros que se pignoran y que nacen de una relación contractual preexistente y antecedente a la misma constitución prendaria son privilegiados ante una situación concursal. El vínculo se perfeccionó y nació *ex ante* al concur-

so, y por ende, oponibles y resistentes al mismo. Por su parte si el crédito futuro que nace de una relación jurídica preexistente o contrata causal, determinado o determinable, no nació o se perfeccionó en el momento de la apertura concursal pero sí en un momento ulterior, no tendrán resistencia concursal[65].

No se veta una prenda sin desplazamiento, pero se limita su alcance real si la misma no está registrada. Lo malo, es que el legislador no nos dice de qué registro se trata, ni qué ubicación ni territorialidad debe tener, pues *quid* si el crédito se pignora en otro país y se registra conforme a aquel siendo el deudor concursado español y abriéndose el procedimiento de insolvencia en nuestro país? Estamos asistiendo sin duda a una recolocación espuria de las garantías pignoraticias que harán o condicionar el comportamiento y las exigencias contractuales de los financiadores. De no cambiarse la norma, los costes de transacción de la propia garantía, pero también de la financiación se elevarán y se exigirá sin duda una plasmación registral, en una suerte de validez no tanto para la constitución que no es tal, cuanto para el paraguas preferencial en caso de concurrencia frente a otros acreedores. Quid si todavía el prestamista acreedor prendario no ha realizado toda la prestación exigible a él y la pignoración abarca créditos futuros y se produce el concurso?[66].

Tradicionalmente la jurisprudencia ha venido entendiendo que la prenda sobre créditos futuros surtía eficacia cuando el crédito garantizado nacía a la vida jurídica, de tal modo que si el crédito pignorado nacía antes de que se produjese una situación concursal, fruto de una relación jurídica u obligación constituida antes, el crédito en cuestión, aunque naciese más tarde que la relación jurídico obligacional nacía pignorado, pero si ya se había declarado el concurso, el mismo no gozaría ya de la causa de preferencia negocial del artículo 90, así, véase entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2008. Pero, ¿qué sucede cuando lo que se pignora es un conjunto de créditos futuros? ¿es posible individualizar, identificar, cada uno de los créditos futuros de este conjunto?[67].

Debemos disociar dos fechas, una la originaria y constitutiva, que es la de nacimiento de la relación jurídica de la cuál acabará derivando y naciendo el crédito que se pignorará, y otra la de este crédito concreto y efectivo que nace causalmente como consecuencia de esa primigenia relación obligacional. No olvidemos que el crédito futuro pignorado ha de ser determinable desde el primer momento. Y entre medias de ambos, la irrupción o no de la declaración concursal. No ayuda por supuesto una redacción tan abigarrada y parca de precisión como la del artículo 90 cuando dice «la prenda en garantía de créditos futuros», una prenda siempre es garantía, no en garantía de nada.

Créditos además futuros y en ocasiones posteriores a la declaración concursal pero que puede al mismo tiempo presentar un cariz o perfil diferente, a saber, cuando el acreedor prendario ya realizó su prestación obligacional y ahora falta la contraprestación por parte del deudor concursado, en realidad, administración concursal. No estamos ante ninguna hipótesis de nueva financiación, el acreedor realizó su parte o prestación, normalmente de un modo íntegro y ahora resta la contraprestación. ¿Cuál es el momento de la exigibilidad, del devengo y nacimiento efectivo del crédito que además se pignora?[68].

Debemos tener claro no obstante que el derecho concursal no puede interferir ni resituar los elementos esenciales de constitución y validez de una garantía, pero sí condicionar su impacto e inderogabilidad en un escenario de concurrencia creditual y donde el privilegio especial es la marca que separa el cobro de la imposibilidad parcial o total del mismo. Exigir, incentivar o prácticamente

imponer la constitución registral de una prenda de créditos futuros a efectos sobre todo de salvaguardia concursal, es una opción legislativa, impuesta o no, pero en cierto modo es un rescate a esta sede, recolocación, del dictado del artículo 54 de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, para algunos probablemente la panacea o cuadratura de un círculo siempre que la circunferencia pase por un registro. Con la reforma de 2015 la prenda de créditos requiere para su oponibilidad frente al resto de concursales así como de cara a su reconocimiento creditual como privilegio la simple certeza de la fecha por aplicación de alguno de los métodos de ganar fehaciencia para el contrato. Ahora bien, para la prenda común de créditos futuros el legislador destierra lo que ha sido pauta tanto para la cesión de créditos *ex* artículo 1526 del Código Civil en relación con el 1227 y parece que ahora sí, exige, la constancia en escritura pública o póliza intervenida por fedatario[69].

En el margen la desposesión que como sabemos en caso de una prenda de créditos viene suplida que no sustituida por la imposibilidad material de la misma, aun no siendo en este ámbito elemento esencial, por la notificación al deudor cedido. Será a partir de ahora una opción, sobre todo del acreedor que exigirá esa inscribibilidad, lo malo, lo desarmónico es la falta de coherencia y reflexión a la hora de establecer ese registro, pues nada dice la norma concursal, salvo remitir a un registro público. Ni quién lo ha de llevar, ni cómo, ni qué sucederá incluso con las prendas de crédito constituidas fuera de nuestro territorio por un deudor con domicilio o centro principal de intereses aquí y que concursará.

Adviértase además que lo único que condiciona pero no que exige el redactado nuevo, injerto quizás pernicioso y mal estructurado tanto gramatical como jurídicamente máxime siendo los cimientos los que son, inexistentes a efectos registrales de la garantía mobiliaria, es el registro como salvaguarda de la eficacia preferencial en caso de concurso, pero no anatematiza la garantía. La prenda sigue subsistiendo en caso de créditos nacidos post concursalmente, pero en los que el acreedor prendario no goza de privilegio especial, mas ¿cuál es entonces su posición respecto de estos créditos?, ¿sería ordinario? Es evidente que los efectos perniciosos que una hipotética financiación sobre garantía real de créditos futuros nunca sería por vía de derecho común y notificación sino de inscripción registral, pues el acreedor no renunciaría al paraguas preferencial por el hecho de no estar registrada la prenda y convertirse en un ordinario por la parte que le correspondiese a aquellos créditos nacidos tras la declaración del concurso, y que haría aún más asfixiante par ale deudor la concesión u otorgamiento a su favor de crédito y garantía.

A ello únase además la enrome problematicidad que se produciría cuando entra en juego la aplicación de los principios de derecho internacional y la lex concursus cuando de créditos sean presentes o futuros y nacionalidades hablamos. Aunque ya hemos aludido a este extremo en esta obra sobre leyes aplicables así como no pocas disputas doctrinales a la hora de sujetar la prenda de créditos a una ley u otra, por ejemplo la del cedente u otra como exponente claro de las normas de conflicto y el anhelos de blindar e inmunizar absolutamente el derecho del acreedor prendario, la controversia está servida.

¿Cuál es la finalidad y función de una inscripción registral de una prenda sobre un crédito o sobre derechos? Sin duda la transparencia, la publicidad. Mas ello debe resituar el auténtico papel que el registro debe constituir y cumplir. Así, hay que deslindar muy bien el origen y creación o constitución de la garantía prendaria sobre créditos, y de otra, la publicidad *erga omnes* de los mismos y los instrumentos sobre los que recae esta. Escritura y registro, pero en suma, ins-

cripción. Pero ¿cómo debemos entender este registro público?, ¿vale cualquiera, incluso administrativo siempre que se inmatriculen los derechos reales?, ¿y si el mismo está en el extranjero y recoge una inscripción prendaria de un crédito futuro o futuros? La indeterminación e indefinición legal o del legislador concursal es total. Bastaría entender que siendo registro, carecería de importancia la extensión de este así como el lugar. Tal indefinición ha dado lugar a que se apunte incluso la idoneidad del Registro Mercantil, lo cuál sería un auténtico disparate, dado que todo empresario individual que no necesariamente tiene que estar inscrito debería rogar antes su inscripción de cara a la constitución registral de una prenda de créditos. Puestos a registrarlas, porqué no registrar todo tipo de constitución prendaria y ya, a un extremo de mayor eficacia, por qué no crear un registro de solvencias como apuntábamos en las páginas iniciales de este trabajo[70].

NOTAS

[1] La sentencia del Supremo de 13 de marzo de 2017 en los puntos 5 y 6 del fundamento tercero al argumentar y anclar la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros señala:

«5. La consecuencia de lo expuesto es que los créditos de que era titular la AEAT frente al Deportivo de La Coruña que estaban garantizados con una prenda de créditos futuros no existentes en el momento de declararse el concurso, pero que derivaban de contratos concertados o de relaciones jurídicas existentes antes de la declaración del concurso, han de considerarse resistentes a este y otorgan a tales créditos la calificación de créditos con privilegio especial, aunque el crédito pignorado haya nacido tras la declaración de concurso.

6. Por el contrario, no puede aceptarse la pretensión formulada por la AEAT de que también son resistentes al concurso las prendas sobre créditos que deriven de contratos o relaciones jurídicas cuyos caracteres definitorios estén recogidos en la escritura de constitución de la prenda pero que se encuentren pendientes de concertar o que no hayan nacido aún cuando se declaró el concurso».

[2] Sobre la tensión entre una tercería y la prenda de créditos, véase la reciente aportación de GARCÍA VICENTE, Prenda de créditos y tercería de mejor derecho, *CCJC,* 2017, núm. 104, mayo-agosto, 185 y sigs., quién al analizar las reformas del 90.1.6º dice, refiriéndose al mismo en 196: «es un precepto atormentado, al parecer necesitado de suturas y remiendos sucesivos, al albur de dogmas más o menos justificados respecto a qué deba entenderse por créditos futuros y en qué casos el acreedor prendario goza de preferencia sobre ellos».

[3] No puede ser más claro SASTRE PAPIOL, Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo en materia concursal, *RCP,* 2016, núm. 24, 31 y sigs., 35, cuando asevera que siendo esta una materia que por su frecuencia en los concursos haya prodigado el mayor número de sentencias, el Supremo se ha pronunciado en determinadas cuestiones por primera vez, y no siempre al gusto de la doctrina científica.

[4] Merece destacarse en la doctrina alemana la monografía sobre el derecho de prenda en el concurso de ECKARDT, *Grundpfandrechte im Insolvenzverfahren*, 12 ª ed., Köln, 2009.

[5] Obligada la cita a FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común y prenda sin desplazamiento sobre bienes/créditos futuros del pignorante. Nuevos y viejos problemas, *RCP,* 2016, núm. 24, 41 y sigs., quién en 50 señala como el legislador ha sido, en ocasiones, cauteloso en cuanto a la admisibilidad de la garantía sobre cosa futura. Precaución que adolece de justificación como bien explicita el autor al ejemplificar la incomprensibilidad de que cuando se exige que la cosecha esperada sea exclusivamente la del año agrícola, conforme al dictado del artículo 52.1º LHMyPSD, o sin que se entiendan muy bien los intereses que protege la necesidad legal de constituir prenda año a año como acaeció en la STS de 6 de mayo de 1995 con dos prendas sin desplazamiento sobre las cosechas de 1984 y 1985 y una hipoteca inmobiliaria con extensión a frutos. Lo mismo sucede en exceso prudencial con la hipoteca mobiliaria de bienes registrables en construcción tratándose de buques (art. 16

LHN) o aeronaves (art. 38.3 LHMyPSD) exigiéndose no solo que haya comenzado la construcción sino que, además, se hubiere invertido una parte de la cantidad presupuestada.

[6] Sobre todos estos extremos tanto constitutivos como de funcionamiento del sistema me remito a VEIGA COPO, *La prenda de acciones*, Madrid, 2002 [2ª ed., 2015]. *Vid.* además SALINAS ADELANTADO, *El régimen jurídico de la prenda de valores negociables*, Valencia, 1996, 176 y sigs.; MEJÍAS GÓMEZ, *Prenda de acciones,* Elcano, 2002; sobre la posibilidad de constituir prendas rotatorias o sustitutivas de valores y prendas sobre valores internacionales me remito nuevamente a VEIGA COPO, La prenda internacional de valores, *Aranzadi Civil-Mercantil,* 2001, núm. 32, 1 y sigs.; *ídem*., Prenda *omnibus*, prenda rotativa de acciones y garantía flotante, *RDBB,* 2001, núm. 82, 33 y sigs., especialmente 51 cuando se proyecta sobre una cartera de valores.

[7] Correcto ARIAS VARONA, Artículo 90, *Comentarios a la Ley Concursal*, [Pulgar (Dir.)], Madrid, 2016, 1166 cuando afirma que lo relevante, no es el nacimiento del crédito (puede ser anterior o posterior al concurso), sino el momento de perfección del contrato o de constitución de la relación jurídica.

[8] Como bien señala PANTALEÓN, De la clasificación de los créditos, *Comentarios a la Ley Concursal*, [De la Gándara (Dir.)], 2004, 501 y sigs., 532, de querer apegarse al defectuoso tenor de la norma, habría que llegar a conclusiones insostenibles: por ejemplo, la prenda de acciones no representadas por medio de títulos ni de anotaciones en cuenta o la prenda de participaciones sociales no atribuirían ninguna preferencia en el ámbito del concurso, por no poder conceptualmente estar el derecho pignorado en posesión del acreedor o de un tercero.

[9] Nos recuerda CARRASCO PERERA en su prólogo al libro de GARCÍA VICENTE, *La prenda de créditos*, Cizur Menor, 2006, 18 su sorpresa ante el entusiasmo que esta figura ha suscitado por parte de la doctrina, «primero, porque normalmente lo que ya está escrito sobre el asunto es normalmente bueno. Segundo, porque, de suyo, se trata de materia jurídica que no padece extrema dificultad constructiva. Yo creo que en todo esto hay una explicación paradójica. Y es que nos atrae la figura precisamente porque no tiene soporte normativo y porque es uno de los pocos espacios que quedan donde podemos especular con analogías, con recaracterizaciones, con lagunas. Uno de los espacios del Derecho en los que el intérprete se libra de la cadena de la interpretación para alojarse en el limbo de una propuesta constructiva más o menos libre». De garantía compleja la conceptualizan SIMLER/DELEBECQUE, *Les sûretés*, *cit*., 558, quiénes además se hacen eco de las dificultades dogmáticas de cara a señalar o establecer la naturaleza y eficacia de la nantissement de créance. Véase el importante trabajo de AYNÈS, Le nantissement de créance, entre gage et fiduciae, *Dr. et patrimoine,* 2007, núm. 162, 46 y sigs.

[10] Probablemente ha sido en el derecho francés donde se ha experimentado una de las evoluciones y reformas de más calado en el derecho de las garantías reales en los últimos años. Véase la bibliografía y tratamiento que hemos dispensado en nuestro estudio, VEIGA COPO, *Tratado de la prenda,* 2ª ed., Cizur Menor, 2017. En la literatura jurídica francesa sobre la prenda de créditos, sobre todo, créditos futuros, viene de la mano de MOULIÈRE, Nantissement de créances futures, nouveau contrat aléatoire, *RTDCom.,* 2011, núm. 4, 677 y sigs., sobre todo el epígrafe de la existencia del alea la prenda de créditos futuros, como bien señala en 680, el carácter futuro del crédito pignorado, no supone que el mismo sea cierto. Su nacimiento puede ser solo probable. La edificación de la prenda, es decir, la afectación de un bien incorporal en garantía de un crédito, depende de un hecho «dont la réalisation est en elle-même incertaine, donc aléatoire».

[11] Insiste CARRASCO PERERA, *loc. ult. op. cit*., 19 en esta idea y afirma como las garantías mobiliarias no se ejecutan (casi) nunca. Se constituyen sobre estos intangibles no para que el acreedor pueda cobrar de ellas, sino para que se le provea del debido «confort» y estén tranquilos. El derecho no garantiza efectividad. Esta prenda solo es eficaz si existe buena disposición de un tercero de asumir los costes y los riesgos de pagar a un desconocido en una situación de incertidumbre.

[12] Nos recuerda esta mezquindad confusoria, interesada sin duda, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007 *(RJ* 2007, 3455) que rompe las inercias y trabas que cuestionaban la viabilidad de una prenda de créditos futuros, así como el absurdo intento

de negar la misma a tenor de la Ley de hipoteca mobiliaria. En la sentencia se afirma: «(…) La cuestión de si los créditos pueden ser objeto de prenda ha sido estudiada y resuelta por la jurisprudencia de esta Sala en un sentido positivo. A sus sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1977, 27 de octubre de 1999, 25 de junio de 2001 *(RJ* 2001, 7243), 26 de septiembre de 2002 *(RJ* 2002, 7873) y 10 de marzo de 2004 *(RJ* 2004, 1821), nos remitimos para evitar superfluas repeticiones. Ha de resaltarse, además, que esta jurisprudencia ha encontrado su respaldo en la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, que reconoce la aptitud de los créditos para ser objeto de derecho real de prenda, con el consiguiente privilegio especial del acreedor pignoraticio sobre ellos (art. 91.1.6º).

[13] En parecidos términos CARRASCO/CORDERO/MARÍN, La prenda de créditos, *Tratado de los derechos de garantía*, II, Cizur Menor, 2008, 227 y sigs., 229 donde asimilan las figuras y son reconducidas en la práctica conjuntamente con los depósitos bancarios como los prototipos más frecuentes en el tráfico de prenda de créditos. Defiende GARCÍA VICENTE, *La prenda de créditos*, *cit.,* 25 como la pignoración de derechos es uno de los mecanismos imaginables para lograr financiación aunque, cuando se refieran a flujos de créditos predecibles en su cuantía o tiempo, será más común optar por el contrato de *factoring* con o sin recurso, con o sin seguros que redistribuyan o no, el riesgo de insolvencia de los deudores.

[14] De hecho esta controvertida y siempre olvidada figura estuvo ausente en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, aunque sí se recoge en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal 1996 y definitivamente en el de 2001. No cabe duda que una decidida y valiente serie de sentencias de nuestro Tribunal Supremo (19 de abril de 1997, 7 de octubre de 1997 y 13 de noviembre de 1999 entre otras) han allanado todas las dificultades y acallado todas las reticencias. Como bien indica AVILÉS GARCÍA, Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de créditos, *RDBB,* 2004, núm. 96, 215 y sigs., 230 esta solución legislativa aboga por una consideración cabal de cuáles son las necesidades actuales del tráfico jurídico, facilitándose así enormemente la constitución rápida y efectiva y sin coste excesiva de garantías sobre créditos, lo cual es encomiable, máxime si además tenemos en cuenta la aceptación que tiene y tendrá cada vez más esta figura para la puesta en marcha de financiación de proyectos dentro de la actividad mercantil.

[15] Sobre la prolongación de las garantías así como las garantías encadenadas ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en VEIGA COPO, Prenda *omnibus*, prenda rotativa de acciones y garantía flotante, *cit.,* 73.

[16] Sobre la importancia de la pignoración de créditos y derechos WEIMAR, «Die Verpfändung von Rechten und Forderung», *MDR,* 1969, 824; VON FELDMANN, *BGB. Münchener Kommentar*, Allgemeiner Teil, I, München, 1978, 1383. Catalogan la prenda de créditos como el supuesto más importante de prenda sobre derechos, SCHWAB/PRÜTTING, *Sachenrecht*, 25 ed., München, 1994, 354. Como bien señalan CARRASCO/CORDERO/MARÍN, *Tratado de los derechos de garantía,* Cizur Menor, 2002, 866, la prenda es una necesidad del sistema financiero y una forma de proveer crédito a las empresas. *Vid.* el análisis de SCACCHI, «La cessione del credito a scopo di garanzia, *RDC*, 2001, 613 y sigs. Afirma GARCÍA VICENTE, La *prenda de créditos*, *cit.,* 26 como la razón de ser principal de la pignoración de créditos radica en la necesidad de maximizar la riqueza crediticia, pese a que el valor de un crédito dependa de la conducta y la solvencia del deudor del crédito e incluso de la conducta del propio acreedor, como ocurrirá con los créditos derivados de contratos bilaterales pendientes de ejecución o con los créditos futuros.

[17] En parecidos términos PANTALEÓN PRIETO, Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal, en *Estudios de Derecho Judicial*, 1998, núm. 8, 177 y sigs., 182; también AVILÉS GARCÍA, Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de créditos, *cit.*, 231.

[18] Señala FÍNEZ RATÓN, en su Comentario a la STS de 19 de abril de 1997, *CCJC,* 45, 1997, 933, 939 como con esta Sentencia se pone en tela de juicio esa doctrina de nuestro Tribunal Supremo que reducía la garantía constituida sobre los depósitos bancarios a la nada jurídica. Tendencia tan poco fundada como obstaculizadora del tráfico económico y de los propios intereses del cliente.

[19] Señala GARRIDO, Artículo 90, *Comentario de la Ley Concursal*, [Rojo/ Beltrán (Dirs.)], I, Madrid, 2004, 1631 como la prenda de créditos se ha convertido en la única garantía

real cuya regulación sustancial se contiene en la ley concursal. Crítico con esta anomalía, CARRASCO PERERA, prólogo, GARCÍA VICENTE, *La prenda*, *cit.*, 20; *vid.* además, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El registro de la propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso: (especial estudio de la nueva Ley Concursal),* Granada, 2004, 187; nos hemos pronunciado sobre este extremo en VEIGA COPO, *Los privilegios concursales*, 2ª ed., Granada, 2006, 154 y sigs., 165. Acierta GARCÍA VICENTE, La prenda de créditos, *cit.,* 31 cuando asevera como el legislador concursar debería haberse limitado en rigor, a reconocer la prelación de las garantías y a ordenar, en su caso, las especialidades en su ejecución, pero no debería haberse pronunciado sobre su oponibilidad a terceros o requisitos de publicidad, puesto que tales requisitos derivarán de su régimen legal propia que debería ser extraconcursal.

[20] Imprescindible la referencia en este punto de GULLÓN BALLESTEROS, *El derecho real de subhipoteca. (Las hipotecas sobre hipotecas),* Barcelona, 1957, especialmente 35 y sigs., donde el autor traza una analogía entre la subhipoteca y la prenda de créditos.

[21] Se pregunta SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Prenda de créditos futuros y prenda en garantía de créditos futuros, *cit.,* 33 como un acreedor pignoraticio se preguntará, con razón, ¿es que la prenda que tengo ya no vale?, ¿es que la ley la ha convertido en papel mojado?

[22] *Vid.* entre otros, GINEBRA MOLINS / MATEO BORGE. La pignoración de depósitos bancarios a plazo fijo: eficacia de la prenda frente a embargos posteriores. Consideración especial del *pignus debiti*, *Garantías reales mobiliarias en Europa*, [Lauroba/Marsal (Eds.)], Madrid, 2006, 573 y sigs.

[23] En este sentido *vid.* ARANDA RODRÍGUEZ, *La prenda de créditos*, Madrid, 1996, 97, es concluyente: «el objeto del derecho de crédito es una conducta. Sobre una conducta no se puede ejercer un derecho de posesión».

[24] *Vid.* entre otros, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, III, 4ª ed., Madrid, 1995, 183; VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado del Derecho civil español*, II, 4ª ed., Valladolid, 1936, 458-460; SCÆVOLA, *Código Civil comentado y concordado*, IV, Madrid, 1891, 69, 99 y 109; CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de derecho civil español*, I, 2ª ed. revisada por COSSÍO/GULLÓN, Madrid, 1959, 262; CRUZMORENO, La prenda de créditos, *RDCI,* 1993, 1273.

[25] Su máximo representante es WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 3ª ed., Düsseldorf, 1873, [*non vidi*, cita de ARANDA, *cit.,*], quien a pesar de haber mantenido esta premisa, en la novena ed. de su manual, de 1906, revisada por KIPP, en 1963, cambiaría su postura en torno a la prenda de créditos, 217-219, negando la posibilidad de hablar de derecho sobre derecho, porque en estos casos el objeto no es el derecho, sino la cosa sucesiva de ese derecho.

[26] En nuestra doctrina se ha rechazado abiertamente la posibilidad de construcción de los derechos sobre derechos entre otros por: BELTRÁN DE HEREDIA, El usufructo sobre usufructo en la legislación española, *RDP,* 25, 1941, 226; son expresivas las palabras del prof. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, reimp. 1984, Madrid, 665-666 y nota 1: «… La frase derechos sobre derechos es una denominación poco afortunada, que difícilmente podrá librarse del sentido «constructivo» que le diera el pandectismo alemán; su mismo enunciado es peligroso, pues suscita, por una tan fácil como superficial analogía, la imagen de los derechos limitados del dominio. La realidad es bien distinta».; contra, MARÍN PÉREZ, Los derechos sobre derechos (Notas para su construcción teórica en derecho español), *RGLJ,* 1947, 420 y sigs.

[27] *Vid.,* CRUZ MORENO, Prenda, *RCDI, cit*., 1295.

[28] DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, *cit.,* 367; CLAPS, «Studi e considerazioni sulla natura giuridica del pegno de crediti», en *Archivo Giuridico*, Nuova serie, vol. VIII, 1901, 110, citando a BREMER, *Pfandrecht und Pfandobiekte,* 36, señala como una vez constituido un derecho subjetivo, este tiene una existencia objetiva y real, constituyendo por tanto una parte del patrimonio o un bien.

[29] Sobre la cosificación de los créditos DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, 367.

[30] A favor de la notificación como requisito que suple la desposesión, entre otros, ALBALADEJO, Derecho, III-2, *cit.,* 253; ROSENDE HONRUBIA, La prenda de créditos, *RCDI,* 1927, 563 y sigs.; DÍEZ PASTOR, Notas acerca de la naturaleza y contenido de la subhipo-

teca, *RDCI,* 1930, 440 y sigs.; CAPO BONNAFOUS, Algunas consideraciones sobre la prenda de créditos, *RCDI,* 1931, 293. Si bien académicamente, pignoración y compensación son figuras muy alejadas, lo cierto es que en el funcionamiento de las garantías bancarias se produce un fuerte solapamiento de las mismas, «tanto en la prenda de créditos como en la irregular, se está ante figuras jurídicas que reposan sobre el mecanismo de la compensación de créditos», *vid.* DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, III, *cit.,* 508. Esta afirmación se hace más patente cuando acreedor y deudor pignoraticios son recíprocamente acreedores y deudores que es la situación que se da usualmente en el ámbito bancario, *vid.* MARTÍN OSANTE, Comentario a la STS de 13 de Noviembre de 1999: Prenda de créditos: prenda de imposiciones bancarias a plazo fijo, *CCJC,* 53, 2000, 523 ss., 528.

[31] Afirma EIZAGUIRRE, Las imposiciones a plazo fijo como objeto de garantía pignoraticia. Una contribución a la dogmática de los títulos-valores. Comentario a la sentencia de 27 de diciembre de 1985, *RDBB*, 1987, 179 y sigs.: «…sería cerrar los ojos a la realidad si en aras del pretendido dogma del no reconocimiento legal de la prenda de derechos se llegase a negar la posibilidad de utilizar como garantía pignoraticia los mismos derechos que antes lo eran, so pretexto de la pérdida del viejo soporte cartular … ¿por qué no admitir la pignorabilidad de un derecho de crédito si con la notificación de la constitución del gravamen se puede conseguir igual resultado?».

[32] Como bien señala FÍNEZ RATÓN, Comentario a la sentencia de 19 de abril de 1997, *CCJC,* 45, 1997, 933 y sigs., 943 se notifica la garantía ya constituida, con lo que no existe dificultad alguna para la prenda de créditos futuros que solo devendrá eficaz cuando el crédito sobre el que recae llegue a nacer.

[33] Sin embargo hoy la doctrina dominante prefiere rehuir del esquema puro de la cesión limitada del crédito y afirmar directamente su carácter de prenda y no utilizar de un modo vicario la institución de la cesión limitada de créditos. Véanse estas reflexiones en CARRASCO/PERERA/MARÍN, La prenda de créditos, *Tratado de los derechos de garantía*, II, *cit.,* pp. No se olvide además como en algunos ordenamientos, la prenda de créditos exige y requiere solemnemente la forma, la existencia escrita bajo requisito de nulidad. Así, y teniendo en cuenta el dictado del artículo 2356, SIMLER/DELEBECQUE, *Les sûretés*, *cit*., 559.

[34] Cfr., CANARIS, Die Verdinglichung obligatorischer Recht, *Festschrift für Werner Flume*, 1, Colonia, 1978, 372-375; en sentido semejante AMORÓS GUARDIOLA, La garantía patrimonial y sus formas, *RGLJ,* 1972, 561 y sigs.; CRUZ MORENO, La prenda de créditos, *cit.,* 1271-1272, sigue a AMORÓS y habla de garantía real en sentido amplio: no constituye un derecho real pero tampoco es una garantía personal.

[35] Como bien señala SCHUR, Einziehungsrecht des Gläubigers bei Pfändung und Überweisung einer Geldforderung, *KTS,* 2001,1, 73 sigs., 76: «Heute besteht allerdings wohl weitgehende Einigkeit darüber, dass das Pfandrecht an der Forderun einerseits ihren Charakter als relatives Recht teilt, dass ihm damit aber zugleich auch absolute Wirkung zukommt, da die Rechtszuständigkeit dem Gläubliger mit Wirkung gegenüber jedermann zugeordnet ist».

[36] Sobre el particular *vid.* SCACCHI, *cit.,* 625; ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 189 y sigs.

[37] *Vid.* sobre estos extremos BERMEJO GUTÍERREZ, *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002, 98 y sigs.; DE CASTRO, *El negocio jurídico, cit*., 383.

[38] Aluden CARRASCO/CORDERO/MARÍN, *cit.,* 862 a la problemática de la remisión de la prenda de créditos al régimen de la cesión de créditos, lo que puede conducir a una paradoja pues puede conseguirse por esta remisión un régimen más favorable y permisible que para la prenda manual.

[39] De sorprendente la tacha ALONSO LEDESMA, Créditos contra la masa, comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos, *RDCP,* 2011, núm. 14, 41 y sigs., 50 y 51. La doctrina se ha ocupado con profusión de esta nueva regulación, entre ella, destaca, FERNÁNDEZ DEL POZO, La eficacia de la prenda «de» o «sobre» créditos futuros en el concurso del pignorante. Un primer examen del nuevo artículo 90.1.6º de la Ley Concursal, *Diario La Ley*, núm. 7742, 23 de noviembre de 2011; nuevamente FERNÁNDEZ DEL POZO, La oponibilidad concursal y extraconcursal de la prenda, ordinaria y sin desplazamiento, sobre créditos futuros, *ADCo,* 2012, núm. 25, 5 y sigs.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Prenda de

créditos futuros y prenda en garantía de créditos futuros en el concurso de acreedores, *RCP,* 2012, núm. 17, 31 y sigs.; CARRASCO PERERA/TORRALBA MENDIOLA, «Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal», *Diario La ley,* 13 octubre de 2011; MIQUEL/GARCIMARTÍN, El nuevo artículo 90.1.6º in fine de la Ley Concursal, *El Notario del Siglo XXI,* 2011, núm. 40; DE CÁRDENAS/NÚÑEZ-LAGOS, Algunos comentarios a la reforma de la Ley Concursal, *Actualidad Jurídica Uría&Menéndez, Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Extraordinario - 2011, 216 y sigs., sobre todo, 222 donde los autores creen «que se ha perdido una gran oportunidad para dejar resuelta otra cuestión que ha suscitado mayor debate que la anterior, que es la referida al régimen privilegiado de la prenda cuando su objeto venga constituido por derechos de crédito nacidos con posterioridad al concurso, en otras palabras que es un crédito futuro a efectos del objeto del privilegio, especialmente en el caso de créditos nacidos al amparo de una relación de tracto sucesivo o bajo un contrato suscrito con anterioridad al concurso».

[40] Al respecto véanse las reflexiones de PANTALEÓN/GREGORACI, El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros, *RCP,* 2014, núm. 20, 22 y sigs.; defiende de un modo indubitado y conciso una mejor resistencia y posición de la prenda inscrita frente a la que no lo está, CARRASCO PERERA, Algunas reglas operativas sobre la prenda de créditos futuros en el concurso, http:/www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/conocimiento/análisis/ítem/2236-algunas-reglas-operativas-sobre-la-prenda-de-créditos-futuros-en-el-concurso; también a favor de esta preeminencia de la garantía del crédito garantizado con prenda inscrita de créditos futuros, FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común y prenda sin desplazamiento sobre bienes/créditos futuros del pignorante. Nuevos y viejos problemas; *RCP,* 2016, núm. 24, 41 y sigs.; contrarresta esta superioridad pretendida y defendida de lo inscrito frente a lo no inscrito, GREGORACI FERNÁNDEZ, Prenda de créditos futuros. Resistencia al concurso. Comentario a la STS de 18 de marzo de 2016, *cit.,* 172 arguyendo que esta tesis debe superarse en base a tres razones, de hecho a juicio de la autora ya está superada, conforme a: en primer lugar, porque ya ha quedado sobradamente demostrado que la publicidad de las garantías no tiene en nuestro derecho una finalidad protectora de los acreedores y que las denominadas «garantías ocultas» no tienen nada de perverso. En segundo lugar, porque el legislador deja claro que el alcance de la resistencia al concurso de todas las prenda de créditos futuros está regulado en el apartado 6º del artículo 90.1. LC, y solo en él, y que conforme e este precepto no hay en nuestro ordenamiento, ninguna prenda de créditos futuros que tenga resistencia ilimitada al concurso; finalmente, en tercer lugar, porque si el TS en esta sentencia reitera que el régimen aplicable a la resistencia al concurso de este prenda debe ser el mismo que para la cesión plena de créditos futuros, la inscripción en un Registro, inexistente para las cesiones plenas de créditos, no puede contarse entre los requisitos exigidos para dicha resistencia.

[41] Sobre este punto FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común y prenda sin desplazamiento sobre bienes/créditos futuros del pignorante. Nuevos y viejos problemas, *cit.,* 43 y sigs.

[42] Distingue FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común y prenda sin desplazamiento sobre bienes/créditos futuros del pignorante. Nuevos y viejos problemas, *cit.,* 47 entre «bienes subjetivamente futuros» y «bienes objetivamente futuros» para quién tanto da que la «futuridad» derive del hecho de que los bienes no existan dentro del patrimonio del garante en el momento de contratar la prenda de cosa futura … aunque existan in rerum natura, o que los dichos bienes futuros no existan aún en el patrimonio del garante ni en el de otros aunque tengan existencia futura que se prevé como posible, como ocurre en la prenda sobre cosecha futura o sobre crías nacederas. Tanto en uno como en otro caso no será posible, al menos transitoriamente, poner en posesión del bien al acreedor o a un tercero de común acuerdo.

[43] No es esta una polémica exclusiva de nuestro derecho y dogmática patria. Sirva como muestra también el artículo de VIGO, Sul conflitto fra il *factor* cessionario di crediti futuri e il creditore pignorante, BBTC, 2015, núm. 5, 528 y sigs., a propósito de la sentencia de la Corte di Cassazione de 28 luglio 2014, n. 17054, sentencia que blasona: «Il factor, cessionario di un credito futuro, può opporre il suo acquisto al creditore pignorante anche prima che il credito ceduto venga ad esistenza, sia che notifichi tempestivamente la cessione del

credito (purché si tratti di un credito infratriennale eventuale, non identificato in tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi)».

[44] Contundente GREGORACI, *cit.,* 171 cuando afirma que todo lo anterior demuestra claramente «que no puede sostenerse de ninguna manera que la inscripción en el Registro de Bienes Muebles mejore la condición del acreedor pignoraticio. Y, sin embargo, ya se ha defendido que la prenda inscrita tiene mayor resistencia al concurso que la prenda no inscrita». Nuevamente ARIAS VARONA, Artículo 90, *cit.,* 1166 lo relevante no es, por tanto, el nacimiento del crédito, que puede ser anterior o posterior al concurso, sino el momento de perfección del contrato o de constitución de la relación jurídica. Se introduce, acierta el autor, de este modo una limitación, que reserva a la masa activa la posibilidad de emplear para el cumplimiento de las obligaciones del deudor el flujo de créditos por relaciones posteriores al concurso.

[45] No le falta razón a PANTALEÓN/GRECORACI, *cit.,* 23 cuando al referirse a esta dualidad distintiva la tachan de técnico jurídicamente de aberrante.

[46] Una buena síntesis de esta diferenciación en FERNÁNDEZ DEL POZO, La eficacia de la prenda «de» o «sobre» créditos futuros en el concurso del pignorante. Un primer examen del nuevo artículo 90.1.6º de la Ley Concursal, *Diario La Ley,* núm. 7742, 23 de noviembre de 2011, quien señala la licitud de la constitución de garantías reales sobre créditos futuros encuentra su justificación en las reglas generales acerca de (la licitud de) los contratos sobre cosa futura (cfr. arts. 1112 y 1271.I del Código Civil).

[47] Oportuna la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007 *(RJ* 2007, 3455) cuando al pronunciarse sobre la posibilidad de una prenda de créditos futuros, valora el dictado del condicionamiento suspensivo de la garantía a la existencia del crédito futuro, señalando en su Fundamento segundo: « (…) El artículo 1861 del Código Civil dice que la hipoteca o la prenda pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria. El crédito futuro puede ser considerado jurídicamente como sometido a la condición suspensiva de que llegue a existir, y la garantía quedará entonces condicionada de la misma forma. Además, si la Ley admite la hipoteca en garantía de créditos futuros (art. 142 Ley Hipotecaria) y la fianza por deudas futuras (art. 1.825 del Código Civil), no hay obstáculo que impida la constitución de una prenda en garantía de tales obligaciones».

[48] Se ha ocupado con autoridad de esta cuestión GARCÍA VICENTE, *La prenda de créditos*, *cit.,* 249 y sigs., analizando la propia normativa de la LCAP atemperada bien con el dictado del artículo 90 de la Ley concursal más los artículos relativos a la cesión de créditos tanto en el Código Civil como mercantil. Adviértase además de la aplicabilidad *ad hoc* de la normativa administrativa pero sobre todo civil, que el ejercicio de los derechos de cobro frente a la administración por el acreedor pignoraticio deberá ejercerse en sede de jurisdicción contenciosa administrativa, puesto que una regla general de la cesión de créditos y por tanto extensible a la prenda, es la del «no empeoramiento de la posición del deudor cedido por el hecho de la cesión» (art. 149 II LH).

[49] Conforme CARRASCO PERERA, Tratado de los derechos de garantía, 3ª ed., II, 262 y sigs.

[50] así, conforme FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común y prenda sin desplazamiento sobre bienes/créditos futuros del pignorante. Nuevos y viejos problemas, *cit.,* 53 que señala como el problema del desmembramiento de los derechos derivados de titularidades inscritas en registros públicos (concesión inscrita en el Registro de la Propiedad, marcas inscritas en la OPM y en relación con las hipotecas sobre marcas, el Registro de Bienes Muebles) es el que plantea en la dogmática de las garantías mobiliarias a propósito de los *fixtures*. Un licenciatario de marca que es tercero de buena fe no tiene por qué soportar los derecho de un acreedor pignoraticio sobre todos los créditos nacederos de la marca si este derecho no se hace constar en el registro, aunque sea de fecha anterior.

[51] No oculta FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común y prenda sin desplazamiento sobre bienes/créditos futuros del pignorante. Nuevos y viejos problemas, *cit.,* 54 lo que se conoce como «inalienabilidad consustancial» o cierta resistencia por parte de la administración a estas prendas. Para el autor, la relación jurídico tributaria, por ejemplo, entendida como el «conjunto de obligaciones y deberes, derechos y potestades originados en la aplicación de

tributos», no puede ser alterada por actos o convenios entre los particulares, mas no impide que puedan darse en garantía prendaria por el sufrido contribuyente los créditos derivados por ejemplo, de la devolución del IVA.

[52] Véase el trabajo de GUTIÉRREZ GILSANZ, Virtualidad de la prenda constituida sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA) a favor de las entidades financieras en el concurso de las sociedades concesionarias de autopista, *Diario La Ley,* núm. 8061, 2013.

[53] Críticos con esta Sentencia, CARRASCO/CORDERO/MARÍN, La prenda de créditos, *Tratado de los derechos de garantía*, II, *cit.,* 241 cuando tachan el pronunciamiento de erróneo cuando mantiene que si se trata de cesión de derechos de cobro contra la Administración nace, mediante el reconocimiento del derecho de cobro de las certificaciones de obra, de forma que, si la suspensión de pagos se produce antes del libramiento de las certificaciones, no serán eficaces para crear un derecho de separación o de privilegio en el concurso.

[54] Como bien señala FERNÁNDEZ DEL POZO, La eficacia de la prenda «de» o «sobre» créditos futuros en el concurso del pignorante. Un primer examen del nuevo artículo 90.1.6º de la Ley Concursal, *cit.,* 3 uno de los grandes problemas que suscita la determinación de la eficacia concursal de la prenda de créditos futuros consiste en precisar la eventual oponibilidad frente a terceros de la garantía constituida antes de la insolvencia, dentro del concurso del pignorante, y en relación con los créditos nacidos precisamente después de la declaración del concurso.

[55] Nos indican CARRASCO PERERA/TORRALBA MENDIOLA, Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal, *Diario La Ley,* 13 octubre de 2011, la fenomenología de créditos anteriores y posteriores. Así, son créditos «anteriores» al concurso los créditos constituidos en cabeza del deudor antes del concurso y sometidos a una condición suspensiva, que se cumple durante el concurso. Al menos mientras no se trate de una condición potestativa del concursado, el cumplimiento postconcursal de la condición suspensiva no impide la producción del normal efecto retroactivo (cfr. art. 142.I LH). Son anteriores los créditos nacidos antes del concurso sujetos a un plazo inicial de eficacia y los distintos plazos de un crédito único cuya ejecución se divide en el tiempo. Así los créditos por los plazos sucesivos del precio de venta, de que sea titular el deudor común contra un tercero, aunque alguno de estos plazos venza después del concurso de aquel, y las sucesivas certificaciones de obra que el contratista concursado emita contra su comitente, aunque se trate de una obra que, como expresa el artículo 1592 del Código Civil, se reciba por partes y se pague por partes.

[56] Contundente FERNÁNDEZ DEL POZO, La eficacia de la prenda «de» o «sobre» créditos futuros en el concurso del pignorante. Un primer examen del nuevo artículo 90.1.6º de la Ley Concursal, *cit.,* cuando asevera 7: «En definitiva, tanto entendamos que el redactor ha incurrido en un triste lapsus calami consistente en hablar de prenda «en garantía de créditos futuros» en lugar de prenda «sobre» créditos futuros o entendamos que el inciso final habla, correctamente, de una prenda «de» créditos futuros pero «en garantía de créditos futuros» entendiendo por estos últimos, los que nacen del hecho de que el acreedor sigue obligado a prestar financiación no obstante la declaración del concurso, la única interpretación con lógica de lo que ahora se dice en el artículo 90.1.6.º LC puede explicarse por referencia a una estructura argumentativa con las siguientes proposiciones encadenadas: 1.º La prenda de créditos es en principio resistente al concurso con tan solo conste la fehaciencia anterior de su fecha (versión originaria de la LC). 2.º Excepción de la regla general: la prenda de créditos futuros, de ser ordinaria o común, solo concede privilegio especial sobre los nacidos antes de la declaración del concurso. 3.º Excepción de la excepción: la prenda de créditos futuros, a pesar de lo establecido en 2.º puede ser objeto de una rehabilitación en cuyo caso el acreedor pignoraticio sigue obligado a prestar financiación pero conserva íntegra su garantía sobre créditos anteriores y posteriores a la declaración del concurso. 4.º Excepción de la regla bajo el ordinal 2.º: la prenda de créditos futuros registrada en el Registro de Bienes Muebles como prenda sin desplazamiento e inscrita bajo el artículo 54 LHMPSD en relación con lo previsto en el artículo 90.1.1.º LC cubre con privilegio especial tanto los créditos nacidos antes como los nacidos después de declarado el concurso». Concluyente además señala y no sin razón que en cuanto al ámbito de aplicación de la

reforma, cabe llamar la atención sobre el hecho de que norma proyectada no es aplicable a la cesión plena de créditos futuros sino, exclusivamente, a las cesiones (incluso fiduciarias) que tengan causa de garantía.

[57] Esta es la línea que viene a establecer la sentencia del Supremo de 17 de febrero de 2015 cuando afirma en su fundamento quinto: «… los créditos futuros disponibles representados por el importe obtenido de las proyectadas ventas son un activo de la masa, que en méritos de la pignoración ha sido sustraído al resto de los acreedores que tenían o podían tener créditos vencidos, líquidos y exigibles y, por tanto, las pignoraciones en la medida que suponen un trato de favor y altera, en beneficio del Banco, la *par condicio creditorum,* sí debemos declarar su rescisión y con ella todos los cargos o adeudos efectuados a favor del Banco, bien derivados de los préstamos hipotecarios novados, bien cualquier otra deuda contraída por la concursada con la demandada, por cualesquiera otras obligaciones, caso de haberse producido tales cargos o abonos con posterioridad a las pignoraciones». Mas qué juego en verdad tiene la *par condicio creditorum* y por qué sabiéndolo y siendo consciente de sus limitaciones lo esgrime el Supremo?

[58] Estudia también GREGORACI, *cit.,* 175 y 176 esta sentencia de 17 de febrero de 2015, exigiendo una mayor claridad en el propio Supremo en futuras sentencias y no tan confusas como esta de cara a evitar el riesgo o peligro, «nada desdeñable, de que se hagan afirmaciones tales como que el Alto Tribunal parece estar afirmando que "toda prenda sobre créditos futuros es típicamente un acto perjudicial"».

[59] En parecidos términos y pronunciándose a favor del pacto de apropiación en el caso de realización de una prenda de imposiciones a plazo fijo, se decanta, PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Notas críticas sobre la prenda de *imposiciones a plazo fijo*, *cit.,* 184, que señala como la esencia de la prohibición radica en la infravaloración que supone un perjuicio del deudor, por no existir equivalencia entre la posición de las partes en la relación de garantía.

[60] Correcto, GABRIELLI, Autonomía privada y garantías reales, *El nuevo derecho de las garantías reales*, *cit.,* 355 y sigs., 358 cuando señala que el respeto riguroso de la tipicidad de las formas de garantía real, por otra parte, no puede (o en todo caso no debe) inducir a circunscribir la función de garantía (real) a una relación crediticia singular y particular.

[61] Afirma BUSSANI, Los modelos de las garantías reales en civil y *common law*. Una aproximación de derecho comparado, *cit.,* 242 como un análisis comparativo serio sirve para desmentir la idea de que una garantía oculta es el enemigo de la simplicidad y de la eficacia. Añade además como se observa que la clandestinidad se admite en beneficio tanto de acreedores muy poderosos, como es el Tesoro holandés, italiano y francés, como de acreedores débiles, como los asalariados o los pequeños distribuidores por oposición a las grandes centrales de compras, o bien de algunas categorías de deudores, como los accionistas ingleses que constituyen gravámenes o mortgages sobre sus títulos (shares), o a los empresarios quebequeses que transfieren a un tercero los bienes de equipo o bienes en stock objeto de una hipoteca.

[62] Contundente en este punto, MOULIÈRE, Nantissement de créances futures, nouveau contrat aléatoire, *RTDCom.,* 2011, núm. 4, 677 y sigs., sobre todo el epígrafe de la existencia del alea la prenda de créditos futuros, como bien señala en 680, el carácter futuro del crédito pignorado, no supone que el mismo sea cierto. Su nacimiento puede ser solo probable. La eficacia de la prenda, es decir, la afectación de un bien incorporal en garantía de un crédito, depende de un hecho «dont la réalisation est en elle-même incertaine, donc aléatoire».

[63] Como bien señala FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común, *cit.,* 56 un mismo crédito puede ser calificado como crédito puramente futuro en relación con la constitución de la prenda porque el momento de referencia es el de la celebración del contrato de prenda y «simplemente futuro» en lo que hace a la resistencia al concurso de dicho contrato de prenda porque en este segundo momento de referencia (apertura del concurso) el contrato se ha celebrado antes de su declaración. Nos condena, añade el autor, el legislador con esta reforma a distinguir entre varias especies de créditos susceptibles de ser dados en prenda en relación con la fuente contractual o no contractual de la que nazcan.

[64] De acuerdo con FERNANDEZ DEL POZO, Prenda común, *cit.,* 57 sin que esa eficacia real tenga efectos retroactivos al momento de constitución de la prenda.

[65] Gráficamente FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común, *cit.,* 56 ejemplifica: si los créditos derivados de los futuros servicios prestados a clientes en un cierto periodo de tiempo en desarrollo de la actividad profesional, laboral o empresarial; los créditos que hayan de nacer de subvenciones solicitadas o de concursos de obras pendientes de adjudicación; los que sujetan los dividendos pasivos a reconocer por la sociedad o las rentas de alquiler de locales de negocios en pisos en construcción, los derechos de traspaso de jugadores por contratar, etc.; en relación con el concurso de pignorante: constituida una prenda sobre créditos estrictamente futuros en el momento de la pignoración (inexistencia o falta de perfección del vínculo jurídico causal en ese momento) su reconocimiento en el concurso del pignorante depende de si el vínculo se ha perfeccionado antes de la apertura del concurso (por referencia a ese momento temporal los créditos ya no son estrictamente futuros aunque nazcan después de la apertura) o aún no se ha perfeccionado la causa eficiente.

[66] Señala, FERNÁNDEZ DEL POZO, La eficacia de la prenda «de» o «sobre» créditos futuros en el concurso del pignorante. Un primer examen del nuevo artículo 90.1.6º de la Ley Concursal, *cit.,* 4 y sigs., como la opción legislativa de no considerar sujetos a preferencia especial los créditos nacederos después de la declaración del concurso coloca en una posición muy delicada al acreedor pignoraticio en los casos en que el contrato de crédito o préstamo garantizado con prenda de créditos futuros no estuviere totalmente satisfecho, sino que reste el cumplimiento al menos parcial de obligaciones asumidas a cargo del acreedor garantizado: disponibilidad del saldo aún no dispuesto, concesión de nueva financiación, promesa de prestar avales u otras formas de garantía etc.

[67] Se plantea MOULIÈRE, Nantissement de créances futures, nouveau contrat aléatoire, *RTDCom.,* 2011, núm. 4, 677 y sigs., 682 si es posible esa individualización a la hora de afectar en garantía un conjunto de créditos se puede establecer un contorno para la prenda del conjunto en sí mismo. Es decir, la pignoración del conjunto de créditos como valor per se.

[68] Señalan CARRASCO PERERA/TORRALBA MENDIOLA, Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal, *Diario La Ley,* 13 de octubre de 2011, que puede ocurrir en cambio, que los créditos futuros hayan de pasar al patrimonio del acreedor, cuando nazcan en cabeza del deudor, *contra una prestación simultánea* a realizar por el acreedor. Por ejemplo, el acreedor tiene que *comprar* (en garantía) estos créditos cuando nazcan, y pagar en ese momento el precio de tales créditos, con la rebaja eventual de la prima de descuento. O bien ocurre que el acreedor ha de entregar progresivamente la financiación, a medida que el deudor (ya concursado) vaya aportando créditos en garantía. La posición del acreedor en este segundo escenario es más favorable que en el primero.

[69] Para FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común y prenda sin desplazamiento sobre bienes/créditos, *cit., cit.,* 54 «me inclino por entender que la instrumentación pública solo es exigible en los créditos estrictamente futuros en el momento de la constitución de la garantía y no en los «futuros simples». Para el autor, queda sin resolver si la escritura póliza es un requisito para hacer valer la preferencia de la prenda de créditos futuros fuera del concurso (normalmente, en tercería de mejor derecho). Crítico y con razón censura como el mayor rigor formal de la prenda sobre créditos, poca justificación tiene la reforma: el legislador condona en materia formal un régimen asistemático de requisitos formales para la oponibilidad de la prenda común de créditos según se trate de créditos presentes o futuros (basta fecha fehaciente o es necesaria intervención notarial), que resulta ser a la postre escasamente razonable (la instrumentación pública no añade ninguna publicidad a la situación jurídica constituida y solo sirve para prevenir fraudes) y es muy poco coherente con la línea general de política legislativa de simplificación de formas en los negocios mobiliarios (no existe ningún sistema moderno de garantías mobiliarias que siga exigiendo escritura pública para ganar oponibilidad).

[70] Nos les falta razón a CARRASCO PERERA/TORRALBA MENDIETA, Intangibilidad de la masa frente a la prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal, *cit.,* última página, cuando arguyen que si lo que se pretende asegurar con la exigencia de inscripción son los intereses de los acreedores del concursado y, asumamos, un concursado cuyo centro de intereses principales se sitúa en España, va a tener acreedores en su mayoría «españoles», parecería lógico que se hubiera exigido que el registro en cuestión fuera español (el

de Bienes Muebles). Pero lo cierto es que la norma no lo exige y que, además, de la propia solución conflictual acogida en otras disposiciones —artículo 17.3 RD 5/2005— por el legislador para determinar la ley aplicable a oponibilidad a terceros de la prenda de créditos, se puede extraer un argumento favorable a la validez de registros extranjeros, o, al menos, de los del Estado cuya ley se aplica al crédito cedido. Si la prenda se constituyó conforme a dicha ley y se registró en el Estado de la misma, parece excesivo exigir una nueva inscripción en España, cuando no resulta del tenor de la propia norma. Y decimos esto aún para los casos en los que la ley que gobierna la eficacia general de la prenda de créditos como derecho real fuere la ley material (no solo concursal) española (ley de la jurisdicción del cedente/pignorante), y en España no exista —como no existe— otro «registro público» de pignoraciones de créditos que el Registro de Bienes Muebles. Distinto hubiera sido si el artículo 90.1.6.º LC, a la vez como *lex rei sitae* de la prenda y como *lex concursus,* hubiera hecho mención exclusiva del «Registro de Bienes Muebles».

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

El día 12 de diciembre de 2017, tuvo lugar en Sevilla, la JORNADA *APARTAMENTOS TURÍSTICOS: AUTORIZACIONES Y LICENCIAS; SU POSIBLE CONTROL POR LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS; SU COMERCIALIZACIÓN Y LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO*, organizada por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Decanato Territorial de Andalucía Occidental, en colaboración con el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, con el siguiente programa:

Presentación: D. Juan José PRETEL SERRANO, Decano Territorial de Andalucía Occidental.

Ponencias:
«Las viviendas de fin turístico: ¿Una actividad molesta a prohibir por las comunidades de propietarios?», por D. Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Sevilla.
«Régimen jurídico de apartamentos y viviendas de uso turístico», por D. Javier LOMAS OYA, Letrado de la Junta de Andalucía.
«Viviendas de fin turístico. Requisitos para su inscripción. Cambio de local a vivienda: alternativas», por D. Eduardo FERNÁNDEZ ESTEVAN, registrador de la propiedad de Sevilla núm. 17 y Director del Servicio de Estudios.
«Responsabilidad de Agencias inmobiliarias, plataformas y portales en la comercialización de viviendas turísticas. Seguros y riesgos», por D. José PUENTE ORENCH, abogado de Gómez-Acebo & Pombo Abogados.

Moderador: D. Juan José PRETEL SERRANO, Decano Territorial de Andalucía Occidental.

ARAGÓN

Durante el mes de noviembre de 2017, organizados, entre otros, por El Justicia de Aragón, el TSJA, y el Decanato de los Registradores de Aragón, tuvieron lugar los VIGESIMOSÉPTIMOS ENCUENTROS DEL *FORO DE DERECHO ARAGONÉS*, con el siguiente programa:

Día 7: *Cincuenta años de la Compilación: Presente y Futuro*.
Ponente: D. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, catedrático de Derecho Civil.
Coponentes: D. Fernando AGUSTÍN BONAGA, notario y D. Fernando BARINGO GINER, abogado.

Día 14: *Experiencia práctica y balance de la custodia compartida*.
Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª José MOSEÑE GRACIA, magistrada juez.
Coponentes: D.ª M.ª Cristina CHÁRLEZ ARÁN, abogada y D. José Antonio LAGUARDIA HERNANDO, letrado de la Administración de Justicia.

Día 21: *La reforma de la jurisdicción voluntaria y el derecho civil aragonés*.
Ponente: D. Ángel BONET NAVARRO, catedrático de Derecho Procesal.
Coponentes: D. Adolfo CALATAYUD SIERRA, notario y D. Joaquín J. ORIA ALMUDI, registrador de la propiedad.

Día 28: *Concentración parcelaria: Propuestas para una regulación aragonesa*.
Ponente: D. José Luis CASTELLANO PRATS, secretario general técnico, Dpto. de Desarrollo Rural y Sostenibilidad del Gobierno de Aragón.
Coponente: D. José Luis CALVO MIRANDA, abogado.

Los días 16 y 17 de noviembre, el Colegio de Administradores de Fincas de Aragón organizó las V JORNADAS JURÍDICAS ARAGONESAS DE *PROPIEDAD HORIZONTAL*, con el siguiente programa:

Día 16:
Inauguración: a cargo de Dña. Mª Ángels JÚZVEZ LEÓN, directora general de Justicia e Interior del Gobierno de Aragón; D. Ricardo MARCO FRAILE, decano del Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón y D. Miguel RUIZ LIZONDO, presidente del Colegio Territorial de Administradores de Fincas de Aragón.

«La Mediación como solución alternativa a los procesos judiciales en el seno de las Comunidades».

Ponentes: D. José Luis ARGUDO PÉRIZ, profesor titular de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza y D. Javier CRESPO JORDÁN, abogado.
Modera: Dña. Mª Antonia BIELSA BLAS.

«Ajustes razonables en materia de accesibilidad: El artículo 10.1.b de la LPH».
Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio MEDRANO SÁNCHEZ, magistrado.
Modera: D. Javier HERNÁNDEZ GARCÍA

«La desafección de elementos comunes: El piso de portería».
Ponente: D. Fernando GIMÉNEZ VILLAR, notario.
Modera: D. Ángel CALAVIA GINÉS.

Día 17:
«La acción de cesación del artículo 7.2 de la LPH, una visión práctica».
Ponentes: Dña. Débora ARTIGAS TENA, abogada; D. David ACÍN LLERA, licenciado en Derecho, Policía Local de Zaragoza y Dña. Verónica RUIZ HERRERA, administradora de Fincas y abogada.
Modera: D. Diego LÁZARO TOBAJAS.

«Cuatro años de la reforma de la LPH: Problemas en la aplicación».
Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel CARRERAS MARAÑA, magistrado.
Modera: D. Miguel RUIZ LIZONDO.

Conclusiones: a cargo de D. Javier HERNÁNDEZ GARCÍA, Abogado.

Clausura: por D. José Luis SORO DOMINGO, consejero de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda del Gobierno de Aragón y D. Salvador DÍEZ LLORES, presidente del Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas de España.

El día 4 de diciembre de 2017, tuvieron lugar las XV JORNADAS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO Y DEL JUSTICIA DE ARAGÓN, *LA CONSTITUCIÓN EN LA ACTUALIDAD*, con el siguiente programa:

Presentación de las Jornadas:
Excmo. Sr. Rector Magfco. Dr. D. José Antonio MAYORAL MURILLO.
Excmo. Sr. Dr. D. Fernando GARCÍA VICENTE, Justicia de Aragón.
Dr. D. Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, decano de la Facultad de Derecho.

Ponencias:
«La Constitución española, cuarenta años después», por el Dr. D. Ángel GÓMEZ MONTORO, catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Navarra
«A favor de *Régimen del 78*», por D. Josep Antonio DURÁN I LLEIDA, exdiputado del Congreso.

MADRID

El día 2 de noviembre de 2017, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar la JORNADA *LA VECINDAD CIVIL EN UN ESTADO PLURILEGISLATIVO*.

Ponentes:
D. Ignacio Esteban ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Comillas.
D. Pablo SALVADOR CODERCH, catedrático de Derecho Civil en la Universidad Pompeu Fabra.
Tras la sesión se abrió un coloquio en el que pudieron participar todos los asistentes.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Amat Llombart, Pablo y Monfort Peris, Rita: *El contrato territorial para el desarrollo sostenible del medio rural*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, 319 págs.

por

LAURA ZUMAQUERO GIL
Profesora Contratada Doctora
Universidad de Málaga

La obra de AMAT LLOMBART y MONFORT PERIS aborda el estudio del contrato territorial como instrumento para un desarrollo rural sostenible. Tras una primera parte introductoria, el libro se centra en el análisis de todos y cada uno de los aspectos que integran su régimen jurídico. La completa exposición que los autores realizan de estos aspectos, de una manera clara, concisa y práctica, hacen de esta obra una monografía de referencia en materia de contratos territoriales.

En la primera parte del libro, que incluiría los capítulos primero a tercero, se explica la conexión existente entre el contrato territorial y el principio de desarrollo sostenible. Los autores explican cómo la defensa del medio ambiente y de los recursos naturales ha ido adquiriendo un cierto protagonismo a lo largo de los años hasta crearse una verdadera conciencia a nivel mundial sobre la necesidad de proteger el entorno rural y medioambiental. Esta conciencia ecológica, que parece surgir en los años sesenta, y que se ha visto acrecentada a partir de los años setenta, se ha traducido en firmes compromisos a nivel internacional, para colaborar entre las distintas naciones, en la adopción de medidas que permitan un cambio de rumbo en los modelos de producción y consumos vigentes. Entre estos compromisos, encontramos citados en el libro, el Convenio de Viena, para la protección de la capa de ozono, de 22 de marzo de 1985, suscrito por 28 países, y dirigido a la protección de la salud de las personas y del medio ambiente contra los efectos adversos originados por las modificaciones sufridas por la capa de ozono; la Cumbre de Río de Janeiro de 1992, con sus convenciones en materia de Cambio Climático y de Diversidad Biológica o la Cumbre Mundial sobre desarrollo social, celebrada en Copenhague en 1995. En este contexto de fomento de la política medioambiental —explican AMAT LLOMBART y MONFORT PERIS— el contrato territorial se convierte en un instrumento clave para el desarrollo rural sostenible, al promover la adquisición de ciertos compromisos entre las partes contratantes para orientar e incentivar la actividad agraria. Con este tipo de contratos se persigue la generación de externalidades positivas que permitan mejorar los aspectos económicos, sociales y ambientales que configuran la sostenibilidad del medio rural desde un enfoque territorial.

La segunda parte del libro —la más extensa, ocupa 205 páginas— se dedica al régimen jurídico del contrato territorial. Siguiendo los esquemas clásicos, la obra se refiere, en primer lugar, al concepto, naturaleza y caracteres del contrato

territorial, para pasar posteriormente al análisis de sus finalidades y objetivos, los elementos del contrato, el contenido obligacional, su modificación, el regimen de incumplimiento y las causas de extinción.

Por lo que respecta a su naturaleza, los autores mantienen que el contrato territorial es un contrato de naturaleza jurídico-pública. La intervención de la Administración como parte del contrato, su finalidad de interés general y la financiación pública que recibe el titular de la explotación a modo de ayuda o subvención les hace llegar a esta conclusión. Cuando se habla de la consecución del interés general como finalidad de este tipo de contratos, los autores señalan, como finalidades más específicas, evitar la despoblación del medio rural, implantar una actividad agraria multifuncional, crear y conservar el empleo en el medio rural o mantener sistemas agrarios tradicionales de alto valor cultural o natural que en la coyuntura actual tienden al abandono. Llama la atención, por la relevancia del tema, la idea del contrato territorial como una forma de evitar la despoblación del medio rural en España. Desde hace bastantes décadas, las migraciones del campo a la ciudad en busca de un futuro mejor han sido una constante en el mundo rural. Las altas tasas de envejecimiento de la población han requerido de políticas concretas que frenasen su aumento. Las políticas de renovación generacional o las medidas relativas a la natalidad han tratado de paliar en cierta medida este efecto migratorio. Junto a ellas, tal y como se expone en este libro, el contrato territorial puede ser un instrumento clave para incentivar la consolidación de los agricultores en el medio rural o el retorno a las zonas rurales de aquellos que se marcharon, movidos por unas mejores perspectivas de trabajo en sectores distintos al agrario. Los agricultores que celebren este tipo de contratos van a contar con mayores incentivos y remuneraciones que el resto de titulares de explotaciones, lo que va a traducirse en la obtención de una mayor rentabilidad a su esfuerzo, así como de unos mejores ingresos económicos; aspectos estos que claramente van a contribuir a evitar la despoblación del medio rural.

El libro se refiere también al objetivo general que se persigue a través de este tipo de contratación: «orientar la actividad de las explotaciones agrarias a la generación de externalidades positivas que contribuyan al desarrollo sostenible del medio rural», entendiendo por externalidades positivas «los efectos derivados de la actividad que se realiza en una explotación agraria y que repercuten favorablemente sobre bienes o fines de carácter público, al margen del interés o beneficio que puede suponer para la propia explotación, contribuyendo a mejorar de forma significativa los aspectos económico, social o ambiental que describen la sostenibilidad del territorio».

La monografía se centra, en los capítulos sexto y séptimo, en el estudio de los elementos subjetivos y objetivos del contrato. Respecto al elemento subjetivo, explican sus autores que el contrato territorial podrá celebrarse entre una Administración Pública autonómica y el titular de la explotación que reúna los requisitos del artículo 5 del RD 1336/2011. Según este precepto, podrán ser beneficiarios de este tipo de contratos los titulares de las explotaciones agrarias a las que se refiere el artículo 2 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias; esto es, las personas físicas, ya sea en régimen de titularidad única o compartida, inscrita en el registro correspondiente, o las personas jurídicas que ejercen la actividad agraria, organizando los bienes y derechos integrantes de la explotación con los criterios empresariales y asumiendo los riesgos y responsabilidades civil, social y fiscal que puedan derivarse de la gestión de la explotación. El titular de la explotación podrá serlo tanto de una explotación agraria, como

de una explotación de monte, forestal o cinegética. En relación a la explotación agraria en sí misma considerada como elemento objetivo del contrato, el artículo 2.2 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias establece que será explotación agraria «el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, primordialmente con fines de mercado, y que constituye en sí mismo una unidad técnico-económica». Según AMAT LLOMBART y MONFORT PERIS, habrá que integrar, por tanto, como elementos de explotación, los bienes inmuebles de naturaleza rústica o los inmuebles por naturaleza, la vivienda con dependencias agrarias, y los ganados, máquinas y aperos, como bienes muebles integrados en la explotación y afectos a la misma.

Con independencia de los aspectos analizados, la regulación de los contratos territoriales se caracteriza en España por la existencia de numerosas lagunas. La necesidad de acudir al Código Civil para colmar estas lagunas ha sido puesta de manifiesto por los autores a lo largo de su obra. Aspectos tales como la causa del contrato, la necesidad o no de una forma especial para su validez, la duración, las causas de extinción o los efectos derivados del incumplimiento de las obligaciones no tienen reflejo alguno en su normativa específica. Esta falta de regulación ha llevado a AMAT LLOMBART y MONFORT PERIS a pronunciarse sobre la necesidad de reformar el Real Decreto 1336/2011 a efectos de introducir los aspectos que han quedado sin regulación. Si bien podemos estar de acuerdo en que elementos como la causa del contrato o los efectos derivados del incumplimiento no tienen que ser necesariamente regulados, pudiendo acudirse a la regulación del Código Civil para poder dar una solución al caso, sí parece conveniente regular de manera específica la duración que deben tener este tipo de contratos, si la forma es o no un elemento esencial o cuáles son las causas de extinción del mismo, en atención a sus particularidades. En el libro encontramos una construcción doctrinal bastante acertada del régimen jurídico aplicable.

Por lo que respecta a la causa del contrato territorial, los autores se inclinan por considerarlo un contrato con causa onerosa, al comprometerse el agricultor a realizar una serie de actividades en el seno de su explotación agraria, y en beneficio de la sociedad, a cambio de la obtención de un beneficio económico. Ambas partes del contrato se obligan a realizar contraprestaciones recíprocas entre sí, siendo la prestación de una de ellas la causa de la obligación de la contraparte.

Para que este contrato sea válido es necesario que tenga una forma determinada. En el libro se propone, con fundamento en la propia regulación del Real Decreto, que sea considerado un contrato formal, dadas las referencias constantes a «los compromisos suscritos» o a la necesidad de que el contrato territorial refleje los compromisos a cumplir por el beneficiario. Si a ello se añade el carácter formal que deben tener los contratos del sector público, según el Real Decreto 3/2011, no puede llegarse a otra conclusión. Pero, ¿cuál es el procedimiento a seguir? El legislador español deja en manos de las Comunidades Autónomas el procedimiento para la suscripción de este tipo de contratos, sin que exista una regulación general que marque las pautas del mismo. Coincido plenamente con AMAT LLOMBART y MONFORT PERIS en que «queda mucho por hacer todavía en el ámbito burocrático-procedimental de los contratos territoriales».

La duración del contrato territorial es otro de los aspectos carentes de una regulación adecuada. Aunque es cierto que se trata de un elemento accidental del contrato, es importante establecer en este tipo de contratos, unas directrices que marquen con claridad ciertos límites a su duración. Ello con independencia de que, tal y como señala el Real Decreto, en su artículo 6.1, la duración del

mismo deba ser apropiada a la consecución de las finalidades específicas que en cada caso se establezcan.

Por lo que respecta a su contenido, aunque el RD 1336/2011 señala, en su artículo 4, el contenido esencial que debe conformar esta relación obligatoria, de los trece elementos que enumera, solamente cinco estarían asociados al contenido obligacional. Para AMAT LLOMBART este contenido esencial solamente puede encontrarse en sus apartados e) [finalidades del contrato], f) [duración], g) [compromisos del beneficiario], h) [contraprestaciones de la Administración], y j) [modalidades de control, seguimiento y enumeración, y minoración o pérdida de contraprestaciones en función del grado de incumplimiento de los compromisos]. En relación al alcance del término «compromiso» del titular de la explotación, coincido con AMAT LLOMBART en que el concepto viene a significar sustancialmente, en consonancia con la Ley 45/2007, para el desarrollo sostenible del medio rural y el RD 1336/2011, las obligaciones específicas a cargo del agricultor, que se incluyan en el documento contractual y a cuyo cumplimiento y verificación se someterá la percepción de la contraprestación por parte de la Administración Pública.

Tras el análisis del contenido del contrato territorial, el libro se refiere a otros aspectos del contrato que también carecen de una regulación específica. Se trata de las modificaciones o incidencias que pueden surgir durante la fase de ejecución del contrato y las causas de extinción. Por lo que respecta a la novación subjetiva, los autores se centran en el estudio de los supuestos de acceso de un nuevo titular con posterioridad a la celebración del contrato, los casos de disolución del régimen de titularidad compartida sobre la explotación agraria, la disolución del régimen ordinario de cotitularidad sobre la explotación, la transmisión de la explotación agraria vinculada a un contrato territorial y la situación de disolución o liquidación de la persona jurídica titular de un contrato territorial. En cuanto a la modificación de la explotación agraria como objeto del contrato, la monografía se ciñe a los casos de concentración parcelaria y transformación urbanística. Para explicar estos supuestos de modificación contractual y su régimen jurídico, los autores acuden al articulado del Código Civil sobre novación, a la normativa contenida en la Ley de Reforma de Desarrollo Agrario y al Texto Refundido de la Ley del Suelo.

En relación al régimen de incumplimientos, el capítulo noveno se detiene en el análisis de la regulación del Código Civil, a partir de la clasificación doctrinal de los distintos tipos de incumplimiento.

Finalmente, en el último capítulo del libro se proponen distintas causas de extinción del contrato territorial entre las que se incluyen, el mutuo disenso, el desistimiento unilateral, la pérdida de los requisitos necesarios del titular de la explotación, su fallecimiento o extinción si es persona jurídica, la pérdida de la titularidad sobre la explotación, el fin del plazo contractual, el cumplimiento o la resolución por incumplimiento.

En definitiva nos encontramos ante una obra que tiene la virtud de ofrecer una exposición clara y detallada del régimen jurídico de los contratos territoriales, que no se limita simplemente a realizar una mera exposición de la regulación aplicable, sino que va más allá, ofreciendo soluciones normativas a las lagunas existentes, así como propuestas de *lege ferenda*, que sin duda no deben ser pasadas por alto en caso de una futura reforma.

Zumaquero Gil, Laura: *El derecho de retención en el Código Civil español*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 233 pp.

por

BEGOÑA GONZÁLEZ ACEBES
Profesora Contratada Doctora
Universidad de Valladolid

La doctora Laura ZUMAQUERO dedica un amplio estudio al régimen jurídico del derecho de retención a partir de su regulación en el Código Civil. En él la autora realiza una construcción doctrinal del derecho de retención a través del análisis de los diferentes casos que han sido regulados por el Código Civil y la problemática que esta regulación plantea, para establecer finalmente unas líneas de actuación para una futura reforma de este derecho, partiendo de una construcción unitaria de la figura. Para la profesora ZUMAQUERO las particularidades que presentan cada uno de los supuestos de retención legal no debe ser un obstáculo para la elaboración de un régimen jurídico unitario.

La monografía se estructura en tres partes bien diferenciadas. Tras una breve introducción, la primera parte de la obra, titulada *Aspectos generales del derecho de retención,* se centra, como no podía ser de otro modo, en analizar el concepto, naturaleza y fundamento del derecho de retención, para pasar a continuación a exponer sus presupuestos y sus efectos. La autora define el derecho de retención como la facultad que permite, a quien se encuentra en posesión de una cosa ajena, conservarla durante un tiempo, sin que deba restituirla hasta que no vea satisfecho el crédito que posee frente a su propietario por razón de la misma. Para la doctora ZUMAQUERO el derecho de retención, tal y como aparece regulado en nuestro Ordenamiento, no puede considerarse un derecho real o personal, sino una facultad que posee su titular, por el hecho de concurrir en su persona una serie de presupuestos, que pueden extraerse de los casos de derecho de retención que han sido regulados. Estos presupuestos son, a juicio de la autora, la posesión de una cosa ajena, la existencia de un crédito a favor del retenedor y la conexión entre el crédito y la cosa poseída. Coincidimos plenamente con la autora cuando afirma que esta figura no debe confundirse con otros casos en los que, a pesar de que el Código Civil utiliza los términos «retener» o «retención», no existe un derecho de retención en sentido propio. Se trata de los supuestos regulados en los artículos 1600, 1730, 1780 y 1866, párrafo segundo del Código Civil, en los que se contemplan casos de prenda legal, y no de derecho de retención.

En materia de presupuestos no son pocos los problemas que en la práctica se han planteado en relación al tipo de posesión requerida para retener. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido clara al respecto, exigiendo la existencia de una posesión con título a efectos de poder retener el bien de manera legítima. La finalidad: evitar que el precarista pueda continuar en la posesión del bien, con fundamento en el derecho de retención, ante una reclamación de restitución por parte del propietario. Sin embargo, a juicio de la profesora ZUMAQUERO, la doctrina del Tribunal Supremo colisiona con la propia esencia del derecho de retención. Por lo que respecta al tipo de posesión necesaria para retener, comparto con la autora la idea de que la posesión natural es suficiente para ejercitar el derecho de retención, no exigiendo la ley en ningún momento que exista una posesión civil. Hay que tener en cuenta que el retenedor no tiene intención de hacer la cosa suya, sino simplemente de presionar al deudor para

que le abone aquello que le adeuda. Tampoco puede identificarse de manera automática precarista y poseedor de mala fe. Habrá que valorar si en el caso concreto ha existido mala fe, puesto que es posible que al poseedor se le hayan generado unas expectativas de que iba a ser propietario y en base a ello haya realizado unos gastos en la cosa poseída, cuyo reembolso ahora pretende.

A esta problemática en materia de presupuestos se unen otras como la exigencia o no de conexión entre el crédito y la cosa poseída. Si bien para algunos autores este requisito no es imprescindible para que opere el derecho de retención, al no poder extraerse de todos los casos regulados en el Código Civil, sin embargo, como explica la autora, este presupuesto resulta imprescindible, ya que, si no existiera esta conexión, cualquier acreedor que estuviese en posesión de un bien de su deudor se vería legitimado para continuar en la posesión, lo cual le otorgaría una serie de privilegios que realmente no tiene. Tampoco es correcto afirmar que el legislador no exige esta conexión, en atención al contenido del artículo 1866, párrafo segundo, en el que se contempla un caso de retención posesoria. En este caso se establece una conexión entre el crédito y la cosa poseída con fundamento en la presunta voluntad de las partes, teniendo un origen legal. De hecho, el Tribunal Supremo se ha referido al supuesto contemplado en este precepto, calificándolo de derecho de retención, al concurrir sus presupuestos; y en ningún caso de prenda, como han mantenido algunos autores.

En esta primera parte de la obra se analizan también los diferentes mecanismos de ejercicio del derecho de retención (el más común, a través de la oposición a la entrega de la cosa, una vez que ha sido reclamada la restitución del bien por el propietario, ya sea judicial o extrajudicialmente), así como las causas de extinción, distinguiendo las causas propiamente dichas de lo que ha venido a denominar «falsas causas de extinción», entre las que se incluiría la prescripción extintiva, la insolvencia del deudor y el abuso de la cosa poseída.

De especial interés resulta el estudio que la autora realiza en esta primera parte de la monografía sobre los efectos del derecho de retención, dada su indudable importancia práctica. En él encontramos un análisis que parte de la distinción entre los efectos que su ejercicio produce entre retenedor y deudor y su oponibilidad frente a terceros. Entre el retenedor y el deudor los efectos se limitan a la no restitución del bien mientras el deudor no le abone aquello que le adeuda por razón de la cosa. En este sentido, el efecto principal es continuar en la tenencia de la cosa por un título distinto al originario, pudiendo extenderse esta facultad a los elementos accesorios y percibir los frutos que la cosa produzca sin que pueda venderlos para reintegrarse con el valor de los mismos ni compensarlos con el crédito adeudado. Mayores dudas plantea que el derecho de retención pueda ser oponible frente a terceros. No son pocos los autores que niegan esta posibilidad. Para la autora, sin embargo, el no otorgarle esta eficacia supondría eliminar de raíz la función de garantía que la ley le concede. Otra cosa será determinar frente a qué terceros va a tener eficacia. La doctora ZUMAQUERO defiende esta oponibilidad frente al nuevo adquirente del bien y frente a los acreedores del deudor, aunque con ciertas reticencias a admitir su oponibilidad frente a titulares de un derecho real de garantía.

La segunda parte de la obra, titulada *El derecho de retención en el Código Civil,* aborda el análisis de todos y cada uno de los supuestos en los que el derecho de retención aparece regulado en el Código Civil. En esta parte de la obra, eminentemente práctica, la autora realiza una clasificación de los casos de derecho de retención expresamente regulados en el Código Civil (el del poseedor de buena fe por los gastos necesarios y útiles realizados sobre el bien; el

del usufructuario, por las reparaciones extraordinarias realizadas sobre el bien usufructuado; el del comodatario, único caso en el que la regulación se hace para negar el derecho de retención a su favor; el del acreedor pignoraticio, para el caso en que se contraiga una nueva deuda con el mismo deudor sin que se haya extinguido la primera), de los casos en que el derecho de retención se integra como una facultad más del acreedor pignoraticio y de los casos de aplicación del derecho de retención por remisión expresa del Código Civil. Por otra parte, tras referirse a la doctrina jurisprudencial en materia de derecho de retención, que niega la posibilidad de extender la aplicación del derecho de retención a casos no regulados expresamente, la autora trata de defender tanto la viabilidad de una aplicación analógica de la figura, como la posibilidad de que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes puedan conceder al acreedor como garantía del crédito la facultad de retener el bien, propiedad del deudor, hasta el completo pago del mismo.

La última parte de la obra, si bien no contiene una propuesta de *lege ferenda*, sí que aporta unas líneas generales para la elaboración de un régimen jurídico unitario de la figura, en su idea de que el derecho de retención necesita ser reformado para que pueda convertirse en una garantía verdaderamente útil y eficaz. Con la finalidad de establecer una serie de pautas de cara a una futura regulación, la profesora ZUMAQUERO realiza, en primer lugar, un estudio de las distintas legislaciones que han optado por regular el derecho de retención de manera unitaria. De todas ellas, analiza sus conexiones y sus divergencias, resultando ser los presupuestos consustanciales al derecho de retención el punto de conexión entre todos los ordenamientos que contienen un régimen general. Entre las divergencias más notables, la autora apunta la naturaleza atribuida al derecho de retención y sus efectos. Así, mientras algunos ordenamientos optan por configurarlo como un derecho real de garantía, otorgándole los efectos propios de un derecho de esta naturaleza, otros han preferido configurarlo como un derecho personal o una facultad, que no permite realizar el valor del bien en caso de impago ni perseguir la cosa allá donde se encuentre, sin que además otorgue un derecho preferente de cobro. Es el caso del nuevo Código Civil de Argentina, del Código Civil francés, tras la reforma en materia de garantías, o del Código Civil portugués. En la línea de configurarlo como una garantía real destacan como modelos más recientes, el del Código Civil de Cataluña, donde el derecho de retención aparece regulado entre las garantías posesorias, o el que podemos encontrar en el DCFR, donde el derecho de retención se incorpora como un derecho real de garantía. Tras el estudio de derecho comparado, la autora expone las líneas a seguir, de cara a una futura reforma, partiendo de los aspectos que pueden resultar comunes en la elaboración de un régimen general, con independencia de la naturaleza jurídica que finalmente se le atribuya. A continuación, realiza propuestas específicas de este nuevo régimen jurídico, en atención a que finalmente se opte por configurarlo como un derecho real de garantía, un derecho personal o una facultad posesoria.

Se trata en definitiva de una obra muy completa, en la que de una forma clara y concisa se exponen los problemas jurídicos que plantea la aplicación del derecho de retención en la actualidad, además de realizar una construcción doctrinal a partir del estudio de casos. La obra posee además el mérito de proponer unas líneas de actuación de cara a la elaboración de un nuevo régimen jurídico, que sin duda deben ser tenidas en cuenta por el legislador español a efectos de una futura reforma.

NORMAS DE PUBLICACIÓN
REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las nuevas normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por otras importantes bases de datos del *ISI* (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el *Journal Citation Reports* (JCR), se establecen como obligatorias las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

1.1. Autoría:

— Todos los trabajos que se presenten para publicar en RCDI deberán contener los siguientes datos:

- Nombre y dos apellidos del autor/es.
- Grado académico o situación profesional del autor/es.
- Dirección y Filiación institucional completa del autor/es (puesto, institución/empresa, dirección postal completa, y teléfono).
- Correo electrónico del autor/es.

1.2. Encabezamiento:

— Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, que deberá reflejar fielmente el contenido del artículo, en español y en *inglés*.
- A continuación, se recogerá la autoría conforme a lo explicado en el punto 1.1.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en *inglés (abstract)*.
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en *inglés (key words)*.

1.3. Extensión:

— Los ESTUDIOS tendrán una extensión entre de 25 a 40 folios.
— Los DICTÁMENES y NOTAS, de 10 a 25 folios.

— Los ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES, de 10 a 20 folios.
— Las RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra:

— Tratamiento de texto: Word.
— Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p., Interlineado: sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
— Las NOTAS en Times New Roman, tamaño 10, interlineado sencillo.

1.5. Estructura del trabajo:

— Además del encabezado, todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

I. EN VERSALES.
II.1. EN VERSALITAS.
III.1.A. *En cursiva*.
IV.1.A.a) En redondo.
V.1.A.a) a´) (si lo hubiera). En redondo.

— El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

I. .....
II. .....
III. ....

— Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas o no siempre en conexión con el tema, que deberán citarse con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

— Por último contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, y para las NOTAS al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association,* disponibles en www.apastyle.org.

— *Libro:*
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej: GOMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

— *Capítulo de Libro:*
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título del Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. inicial y final).

Ej.: PARRA JIMÉNEZ, M.ª Á. (2000). Comentario al art. 211. En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentario al Código Civil,* Tomo II, Vol. 2º. Barcelona: Bosch (pp. 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